Die Berufung

nach

Zugerischem Strafprozeßrecht

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, vorgelegt der hohen juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

Vorgelegt

von Fritz Hürlimann

von Walchwil (Zug)

Genehmigt von der juristischen Fakultät am 11. Februar 1948 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Schwander (1. Referent) und Herrn Prof. Dr. Favre (2. Referent)

1948

Die Berufung

nach

Zugerischem Strafprozeßrecht

Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte, vorgelegt der hohen juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

Vorgelegt

von Fritz Hürlimann

von Walchwil (Zug)

Genehmigt von der juristischen Fakultät am 11. Februar 1948 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Schwander (1. Referent) und Herrn Prof. Dr. Favre (2. Referent)

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen Stellung zu nehmen (Fakultätsbeschluß vom 1. Juli 1916)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter
und dem Andenken meines Vaters

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literatur- und Quellenverzeichnis V
Abkürzungen VIII

I. Kapitel: **Allgemeines**

A. Die Rechtsmittel im allgemeinen 1
B. Die Rechtsmittel in der zugerischen Strafprozeßordnung 3
C. Begriff, Wesen und Charakter der Berufung . . 8

II. Kapitel: **Der Gegenstand der Berufung**

A. Im allgemeinen 11
B. Die Berufung im Strafpunkt 20
C. Die Berufung im Zivilpunkt 27
D. Die Berufung gegen Entscheide über Entschädigungsansprüche und über die Kostenauflage . . . 32

III. Kapitel: **Die Berechtigung zur Berufung**

A. Im allgemeinen 35
B. Der Angeklagte 37
C. Der Staatsanwalt 39
D. Der Privatkläger 41
E. Der Zivilkläger 46

IV. Kapitel: **Anfechtungsgründe und richterliche Überprüfungsbefugnis**

V. Kapitel: **Die Einlegung der Berufung und ihre Wirkungen**

A. Ort und Frist zur Einlegung 58
B. Die Form der Berufungserklärung 63
C. Die Wirkung der Berufungserklärung . . . 67
D. Die Anschlußberufung 72

VI. Kapitel: **Das Verfahren vor der Berufungsinstanz**

A. Allgemeines 76
B. Das Vorbereitungs- und Ermittlungsverfahren . 82
C. Die Hauptverhandlung 87
D. Das Urteilsverfahren 91
E. Das Berufungsurteil und sein Weiterzug . . . 94

Literatur- und Quellenverzeichnis

1. Literatur

Andermatt Jos.	Zur Justizreform im Kanton Zug, Separatabdruck aus den „Zuger Nachrichten" 1936
Beling Ernst	Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig 1928
Bennecke u. Beling	Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, Breslau 1900
Binding Karl	Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, Leipzig 1904
Birkmeyer Karl	Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898
Bohn Gerhard	Das Strafverfahren des Kantons Schaffhausen, Diss. Zürich 1938
Bourgknecht Jean	Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entscheidungen kantonaler Behörden in Strafsachen, Schweiz. juristische Kartothek Nr. 748
Brügger Walter	Die Rechtsmittel der solothurnischen Strafprozeßordnung, Diss. Zürich 1943
Brunschvig Georges	Der Privatkläger im bernischen Strafverfahren, Diss. Bern 1944
Burckhardt W.	Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern 1931
Burgener François	L'appel en procédure pénale valaisanne, Diss. Bern 1937
Deschenaux H.	Modifications apportées par la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16.12. 1943, au pourvoi en nullité au Tribunal fédéral contre les décisions cantonales en matière pénale fédérale, Journal des Tribunaux Nr. 93, IV 34 ff.
Gerland Heinrich	Der deutsche Strafprozeß, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927
Glaser Julius	Handbuch des Strafprozesses, 2 Bd., Leipzig 1883 und 1885
Hafter Ernst	Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, Allgem. Teil, II. Auflage, Bern 1946 Besonderer Teil, I. Hälfte, Berlin 1937 Besonderer Teil, II. Hälfte, Berlin 1943
Haller Kurt	Die Adhaesion im aargauischen Strafprozeßrecht, Diss. Bern 1943
Heer Heinrich	Die prinzipale Privatstrafklage im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1924
Hélie Faustin	Traité de l'instruction criminelle, 6. Bd., Paris 1867
Henggeler Otto	Die Prozeß-Subjekte im zugerischen Strafverfahren insbesondere das Gericht, Diss. Bern 1944

Huber Josef	Die Appellation nach den schweizerischen Strafprozeßgesetzen, Diss. Fribourg 1930
Jenny M.	Schaffhauser Rechtsbuch, Thayngen 1931
Iten Berta	Studium zum zugerischen Strafprozeß und seiner Reform, Diss. Fribourg 1939
von Kries August	Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. Br. 1892
von Kries August	Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und Strafprozesses nach den Bestimmungen des deutschen Reichsgesetzes, Breslau 1880
Leuch Georg	Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, II. Auflage, Bern 1937
	Die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes gegen Entscheidungen der kant. Gerichte, SZStr. R., Bd. 57, S. 1 ff.
Löwe E.	Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich, Berlin 1907
Ludwig Carl	Die Stellung des Verletzten im Basler Strafverfahren, Zschw. R. N. F. 40, S. 344 ff.
Lüssy Felix	Die Appellation im Basler Strafprozeß, Zschw. R. 31, S. 1 ff.
Matti Hans	Die Zivilklage aus strafbaren Handlungen im erstinstanzlichen Verfahren des Kts. Bern, Diss. Bern 1916
	Zivilprozeßrecht, in „Das Schweizer Recht" Bd. II, Zürich 1938
Metz Peter	Die Rechtsmittel im bündnerischen Strafprozeß, Diss. Zürich 1939
Mitterbacher Julius	Die Strafprozeßordnung der österreichisch-ungarischen Monarchie, Wien 1882
Osterwalder Josef	Die Berufung im St. Gallischen Zivilprozeßrecht von 1939, Diss. Bern 1942
v. Overbeck Alfred	Der Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung für den Kt. Basel-Stadt, Gerichtssaal Bd. 94, S. 257
Pfenninger H. F.	Das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934, SJZ 31, S. 161 ff.
	Die zürcherische Strafprozeßreform, SZStr. R. 32, S. 340
	Das Materialprinzip des modernen Strafprozeßrechts SZStr. R., Bd. 31, S. 61 ff.
Plank Wilhelm	Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, Göttingen 1857
Probst Fritz	Die Appellation im Strafverfahren des Kantons Bern, Diss. Bern 1922
Reichlin Paul	Schwyzer Rechtsbuch, Einsiedeln 1937

Rüttimann Karl	Die zugerischen Allmendkorporationen, Diss. Bern 1904
v. Schwarze	Die Berufung im Strafverfahren und die Strafprozeßordnung, Gerichtssaal Bd. XXXV, S. 385 ff.
Schwendener Kurt	Das Rechtsmittel der Berufung im schweizerischen Strafprozeßrecht, Diss. Zürich 1928
Seufert Josef	Die beschränkte Berufung in der deutschen Strafprozeßordnung, Diss. Würzburg 1934
Staub Karl	Über den Geschädigten nach Zürcher. Strafprozeßrechten, Diss. Zürich 1905
Sträuli Hans	Zürcherisches Rechtspflegegesetz III, Strafprozeßordnung, Zürich 1924
Tormann Ph. und A. v. Overbeck	Das schweizerische Strafgesetzbuch, Allg. Teil, Zürich 1940, besonderer Teil, Zürich 1941
Ullmann Emanuel	Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, München 1893
Waiblinger Max	Das Strafverfahren des Kts. Bern, Langenthal 1937
Walther Friedrich	Die Rechtsmittel im Strafverfahren, München 1853
Weiß Theodor	Die Behandlung connexer Zivil- und Strafsachen. Zürich 1893
Werder Bruno	Das Rechtsmittelsystem des aargauischen Strafprozeßrechts, Diss. Bern 1931
Zumbühl Robert	Die Appellation im Rechtsmittelsystem der bernischen Zivilprozeßordnung, Diss. Bern 1927
Zurbrügg Friedrich	Zulässigkeit und Umfang der Appellation nach dem geltenden bernischen Verfahren in Strafsachen, Diss. Bern 1920.

2. Quellen

Strafprozeßordnung für den Kanton Zug, vom 3. Oktober 1940

Strafprozeßordnung für den Kanton Zug, Entwurf 1874

Strafprozeßordnung für den Kanton Zug, Bericht und Antrag der kantonsrätlichen Kommission, 1889

Strafprozeßordnung für den Kanton Zug, Ergebnis der zweiten Beratung vom 21. November 1907

Bericht der kantonsrätlichen Kommission zur Strafprozeßordnung vom 21. Mai 1940

Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940

Bericht der kantonsrätlichen Kommission betr. Abänderung der Kantonsverfassung (Gerichtswesen), des Gerichtsorganisationsgesetzes und der Zivilprozeßordnung vom 27. Februar 1938

Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 und der neuen Fassung von Art. 168 des revidierten OG vom 16. Dezember 1943

Urteile des Straf- und Obergerichts und Entscheidungen der Justizkommission im Kantonsarchiv.

Abkürzungen

AS	Eidgenössische Gesetzessammlung
BV	Schweiz. Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934
GB	Amtliche Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kantons Zug
Hildebrand	Gesetzgebung des Kantons Zug, nach Materien geordnete Sammlung von J. Hildebrand, 3 Bde., Zug 1932
Komm. Ber.	Berichte der kantonsrätlichen Kommissionen
Kr. GO	Gerichtsordnung für das Polizei- und Kriminalgericht des Kantons Zug vom 28. November 1851
KV	Kantonsverfassung vom 31. Januar 1894 in der revidierten Fassung gemäß Kantonsratsbeschluß vom 22. Juli 1940
OG	Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940
OR	Schweiz. Obligationenrecht vom 30. März 1910 / 18. Dezember 1936
Pol. St. G.	Polizeistrafgesetz für den Kanton Zug vom 7. Nov. 1940
Rech. Ber.	Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zug
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Strafprozeßordnung für den Kanton Zug vom 3. Okt. 1940
SZStr. R.	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Überg. V.	Übergangsbestimmungen betr. die Rechtspflege vom 24. Juni 1874
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZPO	Zivilprozeßordnung für den Kanton Zug vom 3. Okt. 1940
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
Zschw. R.	Zeitschrift für schweizerisches Recht

I. Kapitel

Allgemeines

A. Die Rechtsmittel im allgemeinen

I. Das Strafprozeßrecht ist ein Ausfluß der staatlichen Strafhoheit und dient der Verwirklichung des dem Staate gegenüber dem Rechtsverbrecher zustehenden Strafanspruchs. Während das materielle Strafrecht in abstrakter Weise die Voraussetzungen für die Entstehung, den Fortbestand und den Inhalt des Strafanspruches setzt, wird durch das Strafprozeßrecht das Bestehen dieses staatlichen Strafanspruches im Einzelfalle untersucht und bestimmt, woraus letztlich das Urteil als ein Ausdruck der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit resultieren soll. Zur Erreichung dieser Aufgabe muß das strafprozessuale Verfahren möglichst viele und wirksame Garantien schaffen, welche das Vertrauen in die Rechtsprechung zu rechtfertigen vermögen[1].

Trotz aller vom Gesetz für eine richtige Rechtsprechung aufgestellten Garantien kann es aber vorkommen, daß im konkreten Fall die Einzelentscheidung falsch ist, sei es, daß der Richter von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist, oder sei es, daß er sich in der Anwendung des Rechts geirrt hat, indem er entweder den Tatbestand falsch subsumierte, oder aber den Verfahrensvorschriften nicht nachgekommen ist[2]. Um seiner Aufgabe — der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches — auch in solchen Fällen möglichst gerecht zu wer-

[1] Vgl. Probst S. 8
[2] Germann S. 391

den, hat der Strafprozeß dafür zu sorgen, daß solche Fehler behoben und unrichtige Urteile und Verfügungen in rechtlich geordneter Weise angefochten, aufgehoben und durch gerechtere Entscheide ersetzt werden können[3]. Dies geschieht insbesondere durch die Rechtsmittel. Wir verstehen darunter der einer Partei zur Verfügung stehende Rechtsbehelf, wodurch sie die Aufhebung der ihr durch das richterliche Erkenntnis zugefügten Beschwernis anstrebt[4].

II. Die Rechtsmittel werden je nach ihrer Wirkung in ordentliche und außerordentliche unterschieden. Die ordentlichen Rechtsmittel besitzen obligatorischen Suspensiveffekt, d. h. sie hemmen den Eintritt der formellen Rechtskraft[5] und sind zur Nachprüfung des Prozeßstoffes und der Rechtsfrage durch einen höhern Richter bestimmt. Die außerordentlichen Rechtsmittel dagegen schieben die formelle Rechtskraft nicht auf, sondern setzen diese vielmehr voraus und sind deshalb nur gegen rechtskräftige Entscheide zulässig. Sie bezwecken nicht eine allgemeine Fortführung des Prozesses und Überprüfung des Entscheides durch einen höhern Richter, sondern sie begründen einen neuen Prozeß zum Zwecke der Beseitigung ganz spezieller, im Gesetze genannter Mängel[6].

III. Die Einlegung von Rechtsmitteln ist Sache der Parteien. Eine Nachprüfung des ergangenen Entscheides findet nicht von Amtes wegen statt. Die Garantien, die das erstinstanzliche Verfahren aufgestellt hat, werden vielmehr zur Erlangung gerechter Entscheidungen für genügend erachtet, sodaß ein solcher als richtig und gerecht präsumiert wird, und eine Nachprüfung nur dann stattfindet, wenn der Entscheid ausdrücklich angefochten wird[7].

---

[3] Walther S. 70/71
[4] Matti: Zivilprozeßrecht S. 1117
[5] Vgl. diesbezüglich auch die Formulierung von § 85 OG
[6] Sträuli S. 225
[7] Probst S. 10; Werder S. 2

Eine absolute Gewähr für die Verwirklichung der Gerechtigkeit bieten aber auch die Rechtsmittel nicht, da sich die Vollkommenheit in den menschlichen Lebensverhältnissen überhaupt nicht erzielen läßt. Sie bedeuten aber doch einen Schritt vorwärts gegenüber einem Verfahren ohne Rechtsmittel, auch wenn man sich mit dem Streben nach möglichster Gewißheit und Richtigkeit des Entscheides zufrieden geben muß, und die Anfechtung naturgemäß einer Beschränkung unterliegt und nicht beliebig wiederholt werden kann. Die Bedeutung der Rechtsmittel besteht deshalb vor allem in ihrer Aufgabe, gegenüber wirklich oder vermeintlich fehlerhaften Entscheiden der Wahrheit und Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen und dadurch zu einer gerechten wie auch einheitlichen Strafjustiz beizutragen und das Vertrauen in die Rechtsprechung der richterlichen Behörden zu festigen[8].

B. Die Rechtsmittel in der zugerischen Strafprozeßordnung

Anläßlich der im Jahre 1940 im Kanton Zug zum Abschluß gekommenen Justizreform wurde neben einem neuen Organisationsgesetz und einer neuen Zivilprozeßordnung auch erstmals ein einheitliches Strafprozeßrecht geschaffen. Bis dahin existierte nämlich keine eigentliche Strafprozeßordnung, sondern das Verfahren war in vielen aus den verschiedensten Jahren stammenden und z. T. sehr alten Einzelgesetzen geregelt[9]. Eine Reform war deshalb gerade auf diesem Gebiete schon längst ein dringendes Bedürfnis und zwar sowohl in materieller wie in formeller Hinsicht. Obwohl die Reformbestrebungen schon sehr früh eingesetzt hatten und bis ins Jahr 1874 zurückgehen, so führten sie verschiedener Umstände wegen doch nie zu einem durchschlagenden Erfolg, sodaß es jeweils bei den verschiedenen Entwürfen sein Bewenden hatte[10].

---

[8] Lüssy S. 16; Probst S. 10

[9] Vgl. die diesbez. Zusammenstellung b. Iten S. 31 und 32

[10] Vgl. hierüber Komm. Ber. 1940 S. 1 und 2 und Iten § 6, S. 40 ff.

Die neue, auf den 1. Januar 1941 in Kraft getretene StPO hat auch in Bezug auf das Rechtsmittelsystem verschiedene Neuerungen und eine klare, übersichtliche Kodifikation gebracht. Als Rechtsmittel kennt sie die Berufung, die Beschwerde und die Wiederaufnahme des Verfahrens. Sowohl die Art wie auch die Ausgestaltung dieser Rechtsmittel zeigt gegenüber dem alten Rechtsmittelsystem nicht unbedeutende Abweichungen.

I. Eine der auffallendsten Neuerungen gegenüber dem alten Recht besteht vor allem darin, daß die neue StPO die Kassation nicht mehr kennt, da man anläßlich der Justizreform dieses Rechtsmittel samt dem Kassationsgericht fallen ließ[11]. Bis dahin war das Obergericht Kassationsinstanz gewesen, wobei bei Beschwerden gegen obergerichtliche Urteile jeweils zwei Ersatzmänner aus dem Kantonsgericht beigezogen werden mußten[12]. Diese Lösung hatte aber etwas Unbefriedigendes an sich und war von jeher als unglückliche Singularität betrachtet worden[13]. Dem gegenüber hatte der Entwurf des neuen Organisationsgesetzes ein unabhängiges, aus drei Juristen bestehendes Kassationsgericht vorgesehen. Dieser an sich idealen Lösung stand aber die Schwierigkeit entgegen, für die Besetzung dieses Juristengerichtes die geeigneten Leute zu finden. So entschloß man sich denn zur gänzlichen Abschaffung des Kassationsgerichtes und damit auch der Kassationsbeschwerden im Zivil- und Strafprozeß. Dies glaubte man umso eher rechtfertigen zu können, als die Kassation gegen obergerichtliche Entscheide nie eine große Rolle gespielt hatte, und man die dagegen bestehenden bundesrechtlichen Rechtsmittel für genügend erachtete[14]. In Bezug auf die unterinstanzlichen Entscheidungen dagegen sollte die durch die fehlende Kassation entstehende Lücke durch eine entsprechende Ausgestaltung der übrigen Rechtsmittel, insbesondere der Beschwerde und der Revision, ausgefüllt werden[15].

[11] Vgl. Komm. Ber. 1938 S. 2
[12] Vgl. den unrevidierten § 65 K. V.; Hildebrand I S. 21
[13] Andermatt S. 15
[14] Komm. Ber. 1938 S. 3
[15] Andermatt S. 74/75

Ein allgemeiner Kassationsgrund, der in der früheren Nichtigkeitsbeschwerde enthalten war[16], wurde merkwürdigerweise außerhalb des Rechtsmittelsystems ins neue Organisationsgesetz aufgenommen. In § 47 OG wird nämlich bestimmt, daß alle Verfahren, Verfügungen oder Entscheide, an denen ein zum Ausstand verpflichteter oder durch richterlichen Entscheid abgelehnter Richter oder gerichtlicher Beamter mitgewirkt hat, ungültig seien. Eine Anfechtung ist beim Vorliegen dieses Tatbestandes nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht einmal nötig. Vielmehr tritt die Nichtigkeit von Amtes wegen ein und wird gemäß Abs. 3 nur durch den ausdrücklichen Verzicht aller Parteien behoben. Diese Bestimmung ist aber insofern sehr mangelhaft, als sie über das Verfahren betreffend die Geltendmachung dieser Ungültigkeit, sowie auch über die Tragweite derselben keine nähere Regelung enthält, was mangels einer Kassationsbeschwerde als grobe Lücke bezeichnet werden muß. Insbesondere sollte zum mindesten bestimmt sein, welche Instanz sich mit der Frage der Ungültigkeit zu befassen und in Streitfällen darüber zu entscheiden hat, ob hiefür das urteilende Gericht selber zuständig ist, oder eine ihm übergeordnete Instanz. Zum Vorbild dürfte hier wohl die Lösung genommen werden, welche das Schaffhauser Recht für den gleichen Fall vorsieht. Nach dieser Regelung ist die Nichtigkeit von derjenigen Amtsstelle auszusprechen, welcher der Entscheid über den Ausstand zukommt[17]. Ferner ist nicht das ganze Verfahren als solches für ungültig zu erklären, sondern nur soweit dies durch die Mitwirkung eines zum Ausstand verpflichteten Richters oder gerichtlichen Beamten erforderlich ist. Die Entscheidungsinstanz hat deshalb genau zu bestimmen, welche Amtshandlungen ungültig und demnach zu wiederholen sind, wie auch den Zeitpunkt festzulegen, ab welchem die Ungültigkeit eingetreten ist[18].

---

[16] Vgl. alte ZPO v. 1863 § 115 a Ziff. 5; Hildebrand III S. 272. Überg. V. v. 1874 § 21, b; Hildebrand III S. 412

[17] Vgl. die verschiedenen Instanzen gemäß der Regelung von § 46 OG

[18] Bohn S. 50; Art. 24, Abs. 2 der Schaffhauser StPO bei Jenny S. 1169

II. Die Beschwerde hat eine doppelte Funktion. Sie bedeutet einmal eine Weiterentwicklung und bessere Ausgestaltung des in der frühern Überweisungsverordnung[19] vorgesehenen Rekurses. In diesem Sinne ist sie wie die Berufung ein ordentliches Rechtsmittel und richtet sich gegen bestimmte Verfügungen und Rechtshandlungen der Untersuchungs- und Anklagebehörden. Im Gegensatz zur Berufung ist sie aber nicht gegen Urteile zulässig, und ist das Verfahren einfacher gestaltet. Anderseits hat die Beschwerde auch die Funktion einer Disziplinar- und Aufsichtsbeschwerde, als welche sie im frühern Recht eine besondere Regelung erfahren hatte[20]. Als solche ist sie kein Rechtsmittel im prozessualen Sinne, da sie nicht die Aufhebung oder Abänderung einer bestimmten Entscheidung durch eine obere Instanz bezweckt. Sie dient vielmehr dazu, der zuständigen Aufsichtsbehörde Fälle von Amtsmißbrauch oder Pflichtvernachlässigungen der unterstellten Richter und richterlichen Beamten zur Kenntnis zu bringen, um dadurch deren Einschreiten und die Beseitigung solcher Mißstände zu veranlassen. In diesem Sinne ist nach Ziff. 2 von § 80 der StPO die Beschwerde zulässig wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege oder ungebührlicher Behandlung durch Richter oder gerichtliche Beamte. Diese Aufsichts- und Disziplinarbeschwerde wurde aus praktischen Erwägungen ins Rechtsmittelsystem hineingenommen, da in beiden Fällen die Justizkommission als Beschwerdeinstanz zu funktionieren hat[21], und das Verfahren im wesentlichen gleich gestaltet ist. Ein Unterschied zeigt sich aber in Bezug auf das letztere doch deutlich darin, daß die prozessuale Beschwerde innert 10 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung oder der mündlichen Eröffnung der anzufechtenden Entscheidung eingereicht werden muß, während die Rechtsverweigerungsbeschwerde an keine Frist gebunden ist. Ferner wird

[19] Verordnung betr. das Überweisungsverfahren in Strafsachen vom 10.4. 1926; Hildebrand III S. 414

[20] Altes OG v. 1905 § 39; Hildebrand III S. 205
Alte ZPO v. 1863 § 125 und 126; Hildebrand III S. 275

[21] Vgl. OG § 53

diese letztere dem betreffenden Gericht oder Beamten zur schriftlichen Vernehmlassung zugestellt[22].

Die geschilderte Ausgestaltung der Beschwerde zeigt, daß dieses Rechtsmittel als Ersatz für die fehlende Kassationsbeschwerde gegen unterinstanzliche Entscheidungen schlecht geeignet ist. Während bei der zivilprozessualen Beschwerde diesbezügliche Ergänzungen wenigstens teilweise, wenn auch nicht mit der gewünschten Vollständigkeit und Klarheit zu finden sind[23], läßt im Strafprozeß dieses analoge Rechtsmittel derartige Bestimmungen völlig vermissen. Dazu hat sich erst noch die Praxis dahin entschieden, daß die Beschwerdemöglichkeit wegen Rechtsverweigerung und -verzögerung und wegen ungebührlichen Verhaltens der Richter und gerichtlichen Beamten nicht extensiv ausgelegt werden darf und diese insbesondere nicht gegen Strafurteile zulässig ist. Gegen allfällige Willkürakte der Berufungsinstanz oder auch der ersten Instanz in Fällen, wo keine Berufung gegeben ist, sind deshalb nur noch die Rechtsmittel des Bundesrechts gegeben[24].

III. Als außerordentliches Rechtsmittel kennt die neue StPO die Wiederaufnahme des Verfahrens. Diese war ebenfalls schon im frühern Recht unter dem Namen Revision bekannt[25], ihre Einführung wurde aber außerdem durch das eidgenössische Strafrecht den Kantonen zur Pflicht gemacht, auf welche Bestimmung der Wortlaut des Gesetzes auch in erster Linie zurückzuführen ist[26]. Neben dem Fall, wo neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel zum Vorschein kommen, die dem Richter zur Zeit des Verfahrens nicht bekannt waren (§ 76 Ziff. 1), kann die Wiederaufnahme auch von einem in Abwesenheit Verurteilten verlangt werden, sofern er geltend machen kann, daß er nicht richtig vorgeladen wurde, oder durch erhebliche Hinder-

[22] StPO § 82, Abs. 1 und 2
[23] Vgl. ZPO § 208 Ziff. 4, 12 und 13
[24] Justizkomm. v. 31.5.43 i. S. K.; Rech. Ber. 1943/44 S. 79/80
[25] Vgl. Überg. V. § 22; Hildebrand III S. 413/14
[26] StGB Art. 397; StPO § 76

nisse am Erscheinen vor Gericht verhindert war (Ziff. 2). Im Gegensatz zur alten Regelung ist das Wiederaufnahmegesuch bei demjenigen Richter einzureichen, der letztlich in der Sache entschieden hat. Auch bezüglich dieses Rechtsmittels ist zu sagen, daß es in keiner Weise dazu dienen könnte, die fehlende Kassation zu ersetzen, während anderseits bei der Ausgestaltung der zivilprozessualen Wiederaufnahme doch einzelne Beschwerdepunkte der frühern Kassationsbeschwerde Aufnahme gefunden haben[27].

IV. Das wichtigste aller Rechtsmittel ist die Berufung, die ebenfalls in bedeutendem Maße eine Um- und Neugestaltung erfahren hat. Diese soll im folgenden Gegenstand einer eingehenden Betrachtung sein.

C. Begriff, Wesen und Charakter der Berufung

Die Berufung kann definiert werden als ein an sich unbeschränktes ordentliches Rechtsmittel, durch welches das angefochtene Urteil sowohl nach der tatsächlichen als auch nach der rechtlichen Seite zur freien Nachprüfung dem höhern Richter unterbreitet wird[28].

I. Im Gegensatz zur Beschwerde richtet sich die Berufung gegen Urteile, nicht dagegen gegen anderweitige Verfügungen oder Rechtshandlungen. Als ordentliches Rechtsmittel ist sie ferner nur gegen solche Urteile zulässig, die noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind, worin sich der Unterschied zur Wiederaufnahme des Verfahrens am deutlichsten zeigt. Die Berufung muß deshalb innert einer bestimmten Frist nach der Urteilseröffnung erklärt werden.

II. Im übrigen zeichnet sich die Berufung aus durch ihr unbeschränktes Angriffsgebiet. Mit ihr können alle Mängel der

[27] Vgl. ZPO § 215 Ziff. 1 und alte ZPO v. 1863 § 115 lit. a Ziff. 7 und lit. b Ziff. 2; Hildebrand III S. 272

[28] Gerland S. 403

Untersuchung, des Verfahrens und des Urteils gerügt werden. Sie gestattet eine revisio in facto et in jure[29], d. h. eine nochmalige Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils und eine Neubeurteilung sowohl in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht. Sie richtet sich sowohl gegen eine Verletzung von prozessualen Vorschriften, wie auch gegen eine materiell rechtsirrtümliche oder faktisch unangemessene Entscheidung. Mit der Berufung können deshalb auch Mängel geltend gemacht werden, die an und für sich einen Kassations- oder Beschwerdegrund darstellen würden. Ganz allgemein gilt die Regel, daß dort, wo die Berufung möglich ist, die Anrufung anderer Rechtsmittel nicht zulässig ist[30].

III. Das Ziel der Berufung besteht regelmäßig in der Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Ersetzung desselben durch ein neues Urteil. Es kommt ihr deshalb in den meisten Fällen eine reformierende Wirkung zu. Ausnahmsweise kann sie aber auch eine kassatorische Funktion erfüllen. Dies ist dort der Fall, wo die Berufungsinstanz bei der Prüfung des Verfahrens erhebliche Verstöße gegen die Prozeßvorschriften entdeckt, die durch das Berufungsverfahren nicht geheilt werden können, sodaß für einen Entscheid in der Sache selbst die Voraussetzungen nicht gegeben sind. In diesem Falle muß eine Aufhebung des Urteils und des Verfahrens, soweit es fehlerhaft war, erfolgen, und der Straffall ist zur Neubehandlung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen[31].

IV. Die Berufung hemmt in allen Fällen den Eintritt der Rechtskraft des Urteils, wodurch dessen Vollstreckung bis zum Abschluß des Berufungsverfahrens aufgeschoben werden muß. Im Gegensatz dazu kommt der Beschwerde nur in einzelnen bestimmten Fällen diese aufschiebende Wirkung zu[32], während

[29] Sträuli § 419 Note 1, S. 245
[30] StPO § 70, Abs. 2
[31] Probst S. 38
[32] StPO § 80 Ziff. 5 und 6 und § 81, Abs. 2

im übrigen die Einlegung dieses Rechtsmittels den Vollzug der ergangenen Verfügung nicht hemmt.

V. Der Devolutiveffekt bewirkt, daß die Überprüfung des Urteils nicht durch die gleiche Instanz erfolgt, welche dasselbe erlassen hat, wie bei der Wiederaufnahme des Verfahrens, sondern durch ein höheres Gericht. Da die Wiederaufnahme zur Voraussetzung hat, daß neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel zum Vorschein gekommen sind, welche der urteilende Richter nicht gekannt hat, ist es durchaus richtig, daß der gleiche Richter den neuen Sachverhalt nochmals beurteilt. Beim ordentlichen Rechtsmittel der Berufung kann dagegen nicht der Richter, von dem das fehlerhafte Urteil ausging, mit dessen freier Nachprüfung und Verbesserung betraut werden.

II. Kapitel

Der Gegenstand der Berufung

A. Im allgemeinen

Die Berufung ist gemäß § 70 StPO zulässig gegen Urteile der niedern Strafrechtspflege an das Strafgericht und gegen Urteile des Strafgerichts an das Strafobergericht, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind.

I. Vorliegen muß einmal ein richterliches Urteil, während gegen eine prozeßleitende Verfügung nicht selbständig appelliert werden kann.

1. Eine Definition des Urteilsbegriffes findet sich im Gesetz nicht. Aus der gesetzlichen Regelung ergibt sich aber, daß es sich um einen Endentscheid handeln muß, d. h. einen richterlichen Entscheid, durch welchen das Prozeßverhältnis vor der betreffenden Instanz zum Abschluß gebracht wird[1]. Gegen Entscheide über Vor- und Zwischenfragen ist keine selbständige Berufung möglich, sondern diese sind nur mit der Hauptsache weiterziehbar[2]. Als solche nicht selbständig weiterziehbare Zwischenentscheide werden vom Gesetz speziell genannt der Entscheid über die Einvernahme von Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung sowie über die Abhaltung eines Augenscheins (§ 42), die Ablehnung der Beweisergänzung (§ 46, Abs. 2) und der Vertagungsbeschluß (§ 54, Abs. 2). Durch diese Verfügungen und Beschlüsse[3] wird nur der weitere Gang

[1] Binding S. 166
[2] StPO § 43, Abs. 2
[3] Der Unterschied zwischen Beschluß und Verfügung besteht darin, daß der Beschluß von einem Kollegium erlassen wird, während der Einzelrichter eine Verfügung erläßt. Vgl. Sträuli Art. 402 Nr. 7 S. 234

des Prozeßverfahrens bestimmt, dieses aber nicht zum Abschluß gebracht. Nur wenn der Entscheid in der Hauptsache, der den Prozeß abschließende Endentscheid, appellabel ist, können mit ihm auch die Vor- und Zwischenentscheide durch Berufung angefochten werden.

Wenn auch jedes Urteil ein Endentscheid sein muß, so ist aber nicht jeder Endentscheid auch ein Urteil im Sinne des Gesetzes. Es wird vielmehr unterschieden zwischen Urteilen und Erledigungsbeschlüssen, die beide rechtskräftig werden, wenn nicht rechtzeitig ein Rechtsmittel dagegen ergriffen wird[4]. Der Unterschied zwischen diesen beiden Erledigungsarten wird in der ZPO näher dargestellt. Dort wird in § 67 als Urteil der Entscheid über das streitige Rechtsverhältnis bezeichnet, während andere Erledigungen des Rechtsstreites durch Beschlüsse und Verfügungen erfolgen. Diese zivilprozessuale Unterscheidung läßt sich analog auch im Strafprozeß anwenden. Als Begriffsmerkmal des Strafurteils ergibt sich dann die materielle richterliche Prozeßerledigung im Gegensatz zu der rein formellen der Erledigungsbeschlüsse[5]. Während bei den letztern das Prozeßverhältnis aus irgend einem formellen Grunde (örtliche oder sachliche Unzuständigkeit; res iudicata; Rückzug eines Strafantrages) beendigt wird, ohne materiell auf den Prozeßinhalt einzugehen, handelt es sich beim Urteil um einen materiellen Sachentscheid, d. h. um einen Entscheid in der Sache selbst, der nach Prüfung und Würdigung des Prozeßgegenstandes gefällt wird und auf Verurteilung oder Freisprechung lautet[6]. Das Urteil im Sinne der StPO können wir somit definieren als denjenigen richterlichen Entscheid, durch welchen der anhängige Strafprozeß in der Sache selbst vor der betreffenden Instanz auf Grund der durchgeführten Hauptverhandlung erledigt wird[7].

---

[4] OG § 85
[5] Vgl. auch Sträuli Art. 410 Nr. 2 S. 238
[6] Beling S. 224; Bennecke S. 314
[7] Birkmeyer S. 469

2. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist nur gegen Urteile, d. h. gegen Entscheide im definierten Sinne die Berufung zulässig. Man könnte sich aber fragen, ob es nicht gerechtfertigt wäre, den Urteilsbegriff extensiver zu erfassen und darunter auch Erledigungsbeschlüsse zu verstehen. Insbesondere auf dem Gebiete der niedern Strafrechtspflege dürfte es nicht abwägig erscheinen, die mit der Berufungsmöglichkeit dem Staatsanwalt gewährte Nachkontrolle auch auf Erledigungsbeschlüsse auszudehnen. Nach § 59, Abs. 3 StPO sind nämlich die Urteile der niedern Strafrechtspflege auch dem Staatsanwalt schriftlich mitzuteilen, der dagegen ebenfalls die Berufung erklären kann. Wird nun unter Urteil nur der oben erläuterte gesetzliche Begriff verstanden, so muß notwendigerweise die staatsanwaltschaftliche Kontrolle versagen, sobald es sich um Einstellungs- oder Abschreibungsbeschlüsse bzw. -verfügungen handelt. Im Gegensatz zur ZPO[8] kennt der Strafprozeß gegen Erledigungsbeschlüsse kein besonderes Rechtsmittel, so daß dem Staatsanwalt gerade in diesen Fällen, wo eine Nachkontrolle seinerseits am nötigsten wäre, keine Anfechtungsmöglichkeit gegeben ist. Eine extensivere Auslegung des strafprozessualen Urteilsbegriffes dürfte daher aus praktischen Gründen angebracht erscheinen. In gleicher Weise hat z. B. auch die Strafkammer des Kantons St. Gallen den Urteilsbegriff im Strafprozeß gegenüber dem zivilprozessualen Begriff auf alle Entscheidungen ausgedehnt, durch welche ein Straffall vor dem betreffenden Gericht endgültig erledigt wird[9]. Im Gegensatz zu dieser Auffassung hat sich aber das Strafgericht bereits in einem Falle dahin geäußert, daß sich die Berufungsmöglichkeit nur auf die eigentlichen „Urteile, d. h. auf Entscheide betreffend Schuld und Unschuld" beschränke, und zwar gleichgültig, ob diese vom Einzelrichter oder von den Gerichten ausgehen[10].

---

[8] Vgl. die Beschwerdemöglichkeit gegen Erledigungsbeschlüsse gemäß ZPO § 208 Ziff. 3 und 10 und die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 215

[9] Vgl. Entscheidungen des Kantonsgerichts St. Gallen 1919 Nr. 10

[10] Beschluß vom 26. April 1944 i. S. W.

3. Unter Urteil ist nur das Dispositiv, d. h. der eigentliche Richterspruch zu verstehen. Nur gegen das Dispositiv ist eine Berufung möglich, während dagegen eine solche allein gegen die Urteilsbegründung unter Aufrechterhaltung des Richterspruches nicht zulässig ist[11]. Der Grund hiefür ergibt sich aus dem Umstand, daß die Rechtsmittel nur zur Beseitigung oder Abänderung einer richterlichen Entscheidung gegeben sind[12]. Dieser Grundsatz ist auch von der zugerischen Gerichtspraxis übernommen worden. So wurde in einem Entscheide des Strafobergerichtes über die Frage der Zulässigkeit der Berufung u. a. auch ausgeführt, daß grundsätzlich nur das Urteilsdispositiv angefochten werden könne, während eine Anfechtung der Motive nur indirekt insofern möglich sei, als sie zu einem anfechtbaren Urteilsdispositiv geführt haben[13].

4. Nach der Praxis des Strafgerichtes wird auch in Kontumazialurteilen auf die Möglichkeit der Berufung aufmerksam gemacht, diese also als zulässig erachtet[14]. Nach § 64 StPO kommt das Verfahren gegen Abwesende dann zur Anwendung, wenn der Wohnort des Angeklagten unbekannt ist, oder seine Auslieferung nicht herbeigeführt werden kann, nicht dagegen wenn ein Angeklagter, dessen Aufenthalt bekannt ist, trotz gehöriger Vorladung unentschuldigt ausbleibt[15]. Der Angeschuldigte oder Angeklagte wird unter Ansetzung von Ort und Zeit zweimal im Amtsblatt öffentlich aufgefordert, sich zur Untersuchung oder zur Hauptverhandlung zu stellen unter Hinweis auf die Anschuldigung und mit der Androhung, daß auch in seiner Abwesenheit untersucht und verhandelt wird. Bleibt

---

[11] Hélié: Traité, Vol. 6 Nr. 2992 p. 745/46
[12] Germann S. 391
[13] Oberger. vom 17. Juli 1945 i. S. O.
[14] Vgl. z. B. Urteil des Strafgerichts vom 27. Juli 1943 i. S. E.
Urteil des Strafgerichts vom 27. Juli 1943 i. S. W.
[15] Gemäß § 44 StPO ist der Angeklagte zu persönlichem Erscheinen vor Gericht in allen Fällen verpflichtet, wovon nur bei ernstlicher Krankheit dispensiert werden kann. Bei unentschuldigtem Ausbleiben kann er polizeilich vorgeführt werden. Vgl. darüber VI. Kap. C, I.

er trotz dieser öffentlichen Vorladung aus, so wird die Untersuchung zum Abschluß gebracht oder die angesetzte Hauptverhandlung unter Kenntnisnahme der vorhandenen Beweise und unter Anhörung der anwesenden Parteien durchgeführt. Ist der Wohnort des Abwesenden bekannt, wird ihm das Urteil zugestellt, andernfalls erfolgt dessen Veröffentlichung im Amtsblatt. Wenn auch ein flüchtiger Beschuldigter kaum je eine Berufung einlegen wird, so dürfte dies doch in andern Fällen der Abwesenheit möglich sein. An sich liegt kein Grund vor, eine Berufung gegen ein solches Urteil nicht zu gewähren[16], da die Anfechtung ja auch im Interesse des Staatsanwaltes sein kann. Es darf aber doch die dabei bestehende Gefahr nicht außer Acht gelassen werden, daß in gewissen Fällen mangels eines im Kontumazialverfahren genügend abgeklärten Tatbestandes sich das Berufungsverfahren auf Grund einer nachträglichen Ergänzung und Vervollständigung der Untersuchung zu einem eigentlichen Erstinstanzverfahren entwickeln könnte, wobei durch ein über den Rahmen des erstinstanzlich beurteilten Tatbestandes hinausgehendes Berufungsurteil das Prinzip von der Einhaltung des Instanzenzuges verletzt würde[17]. Zur Vermeidung dieser Schwierigkeit erscheint es deshalb angebracht, in jenen Fällen, wo die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens gegeben sind[18], diesem Rechtsmittel den Vorzug zu geben, besonders dort, wo wegen Abwesenheit des Angeklagten weder das Untersuchungs- noch das erstinstanzliche Hauptverfahren gründlich durchgeführt werden konnte. Auf diese Weise wird dann zuerst ein neues ordentliches Verfahren vor erster Instanz herbeigeführt und damit die Möglichkeit einer zweitinstanzlichen Überprüfung des Tatbestandes in vollem Umfange gewahrt[19].

---

[16] Lüssy: Zschw. R. 31 S. 24; vgl. auch Sträuli Art. 197 Nr. 3 S. 113

[17] Vgl. unten IV. Kap., II, Ziff. 1

[18] Vgl. StPO § 76, Abs. 2

[19] Die im früheren Verfahren gegen Kontumazialurteile gewohnheitsrechtlich zugelassene Purgation (vgl. Rech. Ber. 1936/37 S. 55) wurde ins neue Recht nicht aufgenommen.

II. Mit der Berufung anfechtbar sind alle Urteile der niederen Strafrechtspflege.

1. Zum Unterschied von der höheren Strafrechtspflege, die sich mit schwereren oder kriminellen Strafsachen befaßt, fallen in die Kompetenz der niederen die leichteren Fälle, speziell diejenigen des Übertretungsstrafrechts. Die für die Zuweisung an die eine oder andere Instanz maßgebende Schwere oder Geringfügigkeit des Falles deckt sich aber nicht mit der vom eidg. Strafgesetz durchgeführten Unterscheidung in kriminelle Tatbestände (Verbrechen und Vergehen) einerseits und in Übertretungen anderseits. Die klare Scheidung wird einmal dadurch verunmöglicht, daß die Strafkompetenz der niederen Strafrechtspflege weder mit der Strafandrohung der kantonalen Übertretungstatbestände übereinstimmt, noch diese letztern mit dem bundesrechtlichen Begriff der Übertretung in Einklang stehen[20]. Ferner wird bei der Überweisung von konkreten Straffällen an die niedere Strafrechtspflege nicht auf den Strafrahmen abgestellt, sondern auf die im Einzelfall verwirkte Strafe, so daß auch geringe Fälle von kriminellen Strafsachen dem Richter der niederen Strafrechtspflege (Polizeirichter) zur Abwandlung überwiesen werden[21]. Eine klare Trennung zwischen höherer und niederer Strafrechtspflege, die schon im alten Recht fehlte[22], hat auch die Justizreform nicht gebracht. Die beiden Gebiete greifen vielmehr ineinander über, und ein objektives Kriterium bildet einzig die dem Richter zustehende Strafbefugnis, innert welcher er zur Aburteilung der verschiedenen Strafsachen zuständig ist. Im übrigen aber verfügt der die Untersuchung durchführende

[20] Nach dem StGB sind Übertretungen die mit Haft oder Buße allein bedrohten Handlungen (Art. 101). Die längste Dauer der Haft beträgt hiebei 3 Monate (Art. 39) und der Höchstbetrag der Buße Fr. 2000.— (Art. 106).
Nach § 5 des Pol.St.G. beträgt die Buße bei kant. Polizeiübertretungen Fr. 5.— bis Fr. 500.— und die Höchstdauer der Haft 30 Tage.
Die Strafkompetenz des Polizeirichters geht bis auf 20 Tage Haft oder Gefängnis und auf Buße bis Fr. 200.— (OG § 30).

[21] OG § 30 Abs. 1

[22] Iten: Anmerkung Nr. 101 S. 33

Verhörrichter die Überweisung an die eine oder andere Instanz nach eigenem Gutdünken, wobei aber dem Staatsanwalt ein Beschwerderecht gegen den Überweisungsbeschluß eingeräumt ist[23].

2. Als Organe der niederen Strafrechtspflege amten die Einwohnerräte und der Polizeirichter.

a) Die Einwohnerräte haben eine Strafkompetenz von Buße bis zu Fr. 50.— und Haft bis zu 5 Tagen. In diesem Strafrahmen sind sie zur Ahndung der in den §§ 7 bis 24 Pol. St. G. aufgezählten und der gemeindlichen Zuständigkeit unterstellten Polizeiübertretungen befugt[24]. In diesen Fällen steht auch dem Polizeiamt die Ermittlung des Tatbestandes zu[25]. Die Einwohnerräte sind ermächtigt, ihre Strafkompetenz an die Polizeiämter zu delegieren, in welchem Fall aber im Gegensatz zum früheren Recht kein Weiterzug an den Einwohnerrat gegeben ist[26]. Eine Entscheidungsbefugnis über Zivilansprüche steht den Einwohnerräten nicht zu.

b) Der Polizeirichter ist zuständig zur Beurteilung der kantonalen Polizeiübertretungen, soweit sie nicht von den Einwohnerräten geahndet werden, ferner zur Abwandlung von bundesrechtlichen Übertretungen und leichteren kriminellen Tatbeständen, soweit sie ihm überwiesen werden. Seine Strafkompetenz geht bis auf 20 Tage Haft oder Gefängnis und auf Buße bis zu Fr. 200.—. Zivilansprüche kann er im Rahmen der Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidenten beurteilen, somit bis zum Betrage von Fr. 500.—[27]. Sein Urteil ergeht auf Grund der ihm überwiesenen Akten ohne Vernehmlassung der Parteien und ohne Verhandlung[28].

[23] StPO § 36

[24] OG §§ 28 und 29; gemäß Art. 345 StGB kann die Beurteilung von Übertretungen auch einer Verwaltungsbehörde übertragen werden.

[25] OG § 20

[26] Altes OG v. 1905 § 43; Hildebrand III S. 206

[27] OG § 30; auf ihn sind insbesondere die richterlichen Funktionen des frühern Polizeidirektors übergegangen, welches Amt gemäß § 103 OG aufgehoben wurde.

[28] StPO § 59, Abs. 2. Diese Bestimmung ist nur für den Polizeirichter aufgestellt. In der Praxis ergehen aber auch die Urteile der Einwohnerräte und Polizeiämter ausschließlich ohne mündliche Verhandlung.

3. Als Berufungsinstanz gegen Urteile der niedern Strafrechtspflege fungiert das Strafgericht mit Ausnahme der Urteile des Polizeirichters in Ehrverletzungssachen, durch die eine Veröffentlichung des Urteils angeordnet oder trotz Begehren des Klägers verweigert wird. Gegen diese letztern kann die Berufung direkt ans Strafobergericht erklärt werden[29].

III. Weiter sind unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen die Urteile des Strafgerichts mit der Berufung weiterziehbar. Das Strafgericht ist identisch mit dem Kantonsgericht in Zivilsachen und besteht aus dem Präsidenten und vier Mitgliedern[30]. In seine Kompetenz fällt die erstinstanzliche Beurteilung aller Straffälle der höhern Strafrechtspflege mit Ausnahme der Jugendgerichtsbarkeit[31]. Unter dieser letztern versteht das Gesetz die höhere Strafrechtspflege gegen Kinder, welche dem neugeschaffenen Jugendgericht übertragen ist[32]. Das Jugendgericht besteht aus dem Verhörrichter von Amtes wegen und zwei weitern Mitgliedern, von denen eines durch das Strafgericht, das andere durch das Obergericht bezeichnet wird[33]. Da es als einzige Instanz urteilt, ist eine Berufung gegen seine Urteile ausgeschlossen.

Berufungsinstanz gegen kantonsgerichtliche Urteile ist das Obergericht. Es ist die oberste kantonale Gerichtsbehörde in

---

[29] OG § 31 und StPO § 68.

[30] KV §§ 52 und 53; die Bestimmung des alten Rechts, wonach in schweren Fällen zwei Ersatzmänner beizuziehen waren, wurde anläßlich der Verfassungsrevision als nicht notwendig fallen gelassen; vgl. Komm. Ber. 1938, S. 2.

[31] OG §§ 33 und 34.

[32] OG § 36 spricht nur von der höhern Strafrechtspflege. Das Jugendgericht hat sich u. E. aber auch mit den Fällen aus der niedern Strafrechtspflege, d. h. mit Polizeiübertretungen bei Kindern zu befassen. Wenn gemäß § 63, Abs. 4 StPO bei der niedern Strafrechtspflege gegen Jugendliche ein Sonderverfahren vorgesehen ist, so dürfte sich ein solches bei Kindern umso eher rechtfertigen.

[33] Die zu bezeichnenden Mitglieder brauchen aber nicht den betreffenden Gerichten anzugehören. Vgl. Komm. Ber. 1940 S. 14.

Zivil- und Strafsachen und besteht aus dem Präsidenten und sechs Mitgliedern[34].

IV. Einer kurzen Erörterung bedarf noch die Frage, ob auch gegen Urteile der Korporationsgerichte die Berufung ans Strafgericht als zulässig zu betrachten ist oder nicht.

Gemäß § 89 des Gemeindegesetzes ist der Verwaltungsrat der Korporationsgemeinden befugt, Holz- und Feldfrevel sowie Sachbeschädigungen an Genossenschaftsgütern strafrechtlich zu ahnden, soweit sie von Mitgliedern der Genossenschaften verübt werden[35]. Laut Abs. 2 des genannten Paragraphen ist gegen diese Urteile der Rekurs ans Kantonsgericht zulässig, falls die Geldbuße und die Schadenersatzsumme den Betrag von Fr. 50.— übersteigen. Das neue Strafprozeßrecht kennt nun aber den Rekurs nicht mehr, sondern an seine Stelle ist einerseits die Berufung und anderseits die Beschwerde getreten. Es frägt sich deshalb, welches Rechtsmittel gegen allfällige Korporationsurteile heute gegeben ist, worüber sich die neue StPO völlig ausschweigt. Diese Frage ist allerdings mehr von theoretischer als von praktischer Bedeutung, da solche Strafurteile heute eine Seltenheit sind. Denn die Korporationsgerichte sind zur Behandlung der genannten Übertretungen nicht verpflichtet, sondern nur befugt, und es ist ihnen ohne weiteres gestattet, dieselben zur Ahndung an die Einwohnerräte bzw. Polizeiämter zu überweisen[36], was heute auch in den meisten Fällen geschieht.

In analoger Anwendung des neuen Rechtsmittelverfahrens gegen Urteile der niedern Strafrechtspflege wäre es an sich naheliegend, gegen Urteile der Korporationsgerichte heute die Berufung ans Strafgericht als zulässig zu betrachten. Dies umso mehr, als die heutige Berufung gegen polizeirichterliche Urteile auch an Stelle des frühern Rekurses gegen Urteile der Polizei-

[34] KV §§ 54 und 55; OG § 35.
[35] Über die Strafbestimmungen und die Strafgerichtsbarkeit der Allmendkorporationen siehe Näheres bei Rüttimann in §§ 21 und 22, S. 80 ff.
[36] Vgl. Rüttimann S. 84

direktion getreten ist[37]. Da aber die Strafgerichtsbarkeit der Korporation weder unter der niedern Strafrechtspflege aufgeführt wird[38], noch in § 70 StPO die Zulässigkeit der Berufung gegen solche Urteile besonders erwähnt wird, kann mangels der gesetzlichen Grundlagen dieser Lösung nicht zugestimmt werden. Ferner ist auch zu bedenken, daß § 89 des Gemeindegesetzes bisher keine Abänderung erfahren hat, sondern immer noch seine volle Geltung besitzt. U. E. ist deshalb gegen Urteile der Korporationsgerichte immer noch der alte Rekurs möglich, auch wenn die StPO dieses Rechtsmittel nicht mehr kennt. Der Anwendung dieses Rekursverfahrens dürften im übrigen keine besondern Schwierigkeiten im Wege stehen. Es unterscheidet sich vom heutigen Berufungsverfahren dadurch, daß es einfacher gestaltet ist und sich nur auf rein schriftlichem Wege abwickelt[39]. Dies dürfte aber nur als Vorteil zu bewerten sein, was später noch näher ausgeführt werden soll[40].

V. Durch das Urteil im Strafprozeß werden nicht nur strafrechtliche, sondern mitunter auch zivilrechtliche Interessen berührt, d. h. immer dann, wenn in Verbindung mit dem Strafprozeß zugleich ein Zivilanspruch adhäsionsweise geltend gemacht wird. Die Verschiedenheit dieser Interessen bedingt auch im Berufungsverfahren eine verschiedene Regelung, weshalb diese beiden Punkte im folgenden gesondert zu betrachten sind. Eine Sonderbetrachtung ist ferner auch notwendig in Bezug auf die mit dem Urteil verbundenen Nebenpunkte, nämlich die Kostenauflage und die Entscheidung über allfällige Entschädigungsansprüche.

B. Die Berufung im Strafpunkt

I. Gegen Urteile der niedern Strafrechtspflege erklärt § 31 OG die Berufung schlechthin als zulässig. Diese ist somit hinsichtlich des Strafpunktes in allen Fällen möglich und unterliegt

[37] Vgl. altes OG v. 1905 § 47; Hildebrand III, S. 207
[38] OG § 28
[39] Vgl. alte ZPO v. 1863 § 120; Hildebrand III, S. 274
[40] Vgl. unten VI. Kap., IV

keiner Einschränkung oder Begrenzung[41]. Da mit der Berufung alle Mängel des Verfahrens und des Urteils angefochten werden können, ist diese auch gegen Nebenstrafen und Maßnahmen als zulässig zu erachten. Ebenso kann sie sich nur auf Nebenpunkte, wie die Kostenauflage oder den Entschädigungsanspruch beschränken[42]. Diese allgemeine Zulässigkeit der Berufung soll ihren Grund in der größern Kontrollbedürftigkeit haben, welche gegenüber Urteilen der niedern Strafrechtspflege im Gegensatz zu den Erkenntnissen des Strafgerichtes als notwendig erachtet wird[43]. Sie entspricht aber auch durchaus dem Wesen und dem Ideal der Berufung.

Trotz dieser unbeschränkten Berufungsmöglichkeit hat das Strafgericht aber selten als Berufungsinstanz zu amten[44]. Der Grund ist darin zu suchen, daß auch die Urteile auf dem Gebiet der niedern Strafrechtspflege nicht mehr so häufig sind und in den meisten Fällen durch den Strafbefehl ersetzt werden[45]. Dieser kommt zur Anwendung, wenn durch die polizeiliche Ermittlung der Tatbestand bereits genügend abgeklärt ist und eine verhöramtliche Untersuchung nicht nötig erscheint. Der Strafbefehl ist ein bedingtes Urteil, das dem Verurteilten und dem Staatsanwalt schriftlich mitzuteilen ist und rechtskräftig wird, falls nicht fristgemäß dagegen eine begründete Einsprache erhoben wird. Erfolgt eine solche, so wird die ordentliche Untersuchung durchgeführt und beim Vorliegen eines strafbaren Tatbestandes der Fall dem Staatsanwalt zur Antragstellung an das Strafgericht überwiesen. Andernfalls erwächst das Urteil

---

[41] Vgl. Hélie: Vol. VI Nr. 2987 p. 740

[42] Anders dagegen das zürcherische Recht, welches für die nur auf die Kosten- und Entschädigungsentscheide beschränkte Weiterziehung ein besonderes Rechtsmittel, den Rekurs, vorsieht. Vgl. Sträuli S. 238.

[43] Vgl. Strafgericht vom 26.4.44 i. S. W.

[44] Im Jahre 1941 gab es keine Berufung und 1942 deren 5; vgl. Rech. Ber. 1941/42 S. 39
Ihre Zahl stieg 1943 auf 7 und 1944 auf 10; Rech. Ber. 1943/44 S. 36.

[45] In den Jahren 1943/44 wurden Urteile nur noch vom Polizeirichter ausgefällt, während bei den Einwohnerräten und Polizeiämtern ausschließlich der Strafbefehl zur Anwendung kam; Rech. Ber. 1943/44 S. 31.

in Rechtskraft, weshalb eine Berufung dagegen nicht in Frage kommt[46].

Ein weiterer Grund für die Seltenheit der Berufungen auf dem Gebiete der niedern Strafrechtspflege dürfte auch in der Ausgestaltung des Berufungsverfahrens zu suchen sein, wovon später noch die Rede sein wird.

II. Im Gegensatz zu dieser unbeschränkten Zulässigkeit der Berufung gegen die Urteile der niedern Strafrechtspflege ist dieselbe gegen die Urteile des Strafgerichts einer Beschränkung unterworfen und nur in Fällen gegeben, wo die ausgefällte Buße oder Freiheitsstrafe eine gewisse Grenze übersteigt.

1. Diese Beschränkung entspricht nicht dem Ideal und erscheint weder nach allgemeinen Grundsätzen, noch speziell im Hinblick auf die Ordnung der Rechtsmittel in der zugerischen Strafprozeßordnung gerechtfertigt. Theoretisch kann man sich darüber streiten, ob man die Berufung zulassen will oder nicht. Von verschiedenen Autoren[47] wird sie mit den im Strafprozeß herrschenden Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit für unvereinbar gehalten und deshalb abgelehnt. Es gibt auch einzelne Kantone, die dieses Rechtsmittel nicht kennen[48]. Wenn man die Berufung aber schon zuläßt, dann sollte dies im vollen Umfange ohne Beschränkung geschehen. Die gleichen Gründe, die die Zulassung der Berufung notwendig erscheinen lassen, sprechen auch für deren unbeschränkte Anwendung. Wenn mit Hilfe dieses Rechtsmittels ein möglichst fehlerfreies und richtiges Urteil erwirkt werden soll, so ist dieses Interesse ebenso sehr bei geringfügigeren Straffällen gegeben. Es handelt sich bei einem Strafurteil weniger um die finanziellen, als vielmehr um die persönlichen Interessen[49]. Die Schwere einer Verurteilung

[46] OG § 32; StPO §§ 60 und 61
[47] Vgl. Schwarze: Gerichtssaal Bd. 35 S. 396 ff. Binding S. 240; Ullmann S. 588; Birkmeyer S. 697; Pfenninger in SZStr.R. S. 373
[48] Appenzell I.-Rh., Graubünden, Freiburg, Waadt und Neuenburg Vgl. Schwendener S. 28
[49] Vgl. Hélie: Nr. 2463 S. 46

läßt sich nicht nur nach der Höhe der Strafe bemessen, sondern sie richtet sich vor allem auch nach dem subjektiven Empfinden des Verurteilten[50]. Eine von einer bestimmten Appellationsgrenze abhängig gemachte Berufungsmöglichkeit trägt daher den Charakter des Willkürlichen und Ungerechten an sich und läßt sich höchstens aus der praktischen Notwendigkeit einer Beschränkung begründen.

Was speziell das zugerische Rechtsmittelsystem betrifft, so wäre gerade im Hinblick auf die fehlende Kassationsbeschwerde die unbeschränkte Zulassung der Berufung auch gegenüber strafgerichtlichen Urteilen umso notwendiger und begrüßenswerter gewesen.

Ob diese gesetzliche Beschränkung der Berufungsmöglichkeit ein praktisches Erfordernis ist, dürfte fraglich sein. Die Praxis zeigt nämlich, daß auch Berufungen gegen die Urteile des Strafgerichtes nicht häufig sind, und daß in vielen Fällen zum vorneherein darauf verzichtet wird. So hatte sich das Obergericht im Jahre 1941 nur mit 5, 1942 mit 10 und in den Jahren 1943 und 44 mit je 4 Berufungen zu befassen[51]. Auch die vorangehenden Jahre unter dem alten Recht, welches zudem noch eine niedrigere Appellationsgrenze kannte, zeigen im Durchschnitt keine stärkere Belastung der Berufungsinstanz[52]. Eine unbeschränkte Zulassung der Berufung hätte daher kaum

---

[50] Vgl. dazu die Ausführungen in der Botschaft des freiburgischen Staatsrates an den Großen Rat vom 20. Januar 1927 zur Vorlage einer neuen Strafprozeßordnung, wo Seite 30 treffend ausgeführt wird: „Si l'on veut admettre l'appel, il faut le faire d'une façon générale. Ne le permettre que dans les cas graves nous paraît injustifié, car, la gravité d'une condamnation pénale est subjective: une condamnation à une peine d'arrêts ou de quelques jours de prison peut être pour telle personne plus grave qu'une condamnation à plusieurs années de reclusion pour un récidiviste."

[51] Vgl. Rech. Ber. 1941/42 S. 40 und Rech. Ber. 1943/44 S. 37

[52] Im Jahre 1936 waren es 10 Berufungen; Rech.Ber. S. 25
„ 1937 „ „ 8 „ „ „ S. 25
„ 1938 „ „ 4 „ „ „ S. 22
„ 1939 „ „ 3 „ „ „ S. 22
„ 1940 „ „ 3 „ „ „ S. 22

zu einer Geschäftsüberlastung des Obergerichts geführt, insbesondere dieses ja auch durch den Wegfall der Kassation entlastet wurde. Die praktischen Bedenken gegen eine allgemeine Berufungsmöglichkeit konnten daher unter diesen Umständen nicht allzu gewichtig sein, während anderseits auch die relative Häufigkeit von Gutheißungen und teilweisen Gutheißungen[53] die Ausdehnung dieses Rechtsmittels auf alle Straffälle als sehr wünschenswert hätte erscheinen lassen.

2. Die Beschränkung des Berufungsrechtes ist geregelt nach der im Urteil ausgefällten Strafe und nicht nach dem im Gesetz angedrohten Strafrahmen. Dieses System hat den Vorteil der Einfachheit und Klarheit für sich, indem die Zulässigkeit der Berufung in jedem Falle leicht feststellbar ist. Beim Abstellen auf die Strafandrohung dagegen ergeben sich verschiedene Schwierigkeiten, sobald es sich um Fälle der Deliktskonkurrenz, des Versuchs, der Gehilfenschaft oder um einen Rückfall handelt. Die Frage, ob die Berufung hier im Einzelfalle zulässig sei, ist wegen der Einwirkung der genannten Faktoren nicht leicht zu entscheiden und bedarf oft einer gerichtlichen Vorprüfung[54].

Dem nach der ausgefällten Strafe gerichteten System wird dagegen der Vorwurf gemacht, daß es unlogisch und praktisch unbefriedigend sei. Das angefochtene Urteil, das man als falsch betrachte, dürfe nicht der Maßstab für die Zulässigkeit des Rechtsmittels sein, sondern der dem Entscheid zugrunde liegende Tatbestand sei hiefür maßgebend. Der Richter habe es

---

[53]

Jahr:	Berufungen:	Gutheißungen:	teilw. Gutheißungen:
1936	10	4	3
1937	8	2	2
1938	4	1	1
1940	3	1	—
1941	5	1	1
1942	10	3	4
1943	4	1	2
1944	4	1	1

[54] Probst S. 55; Waiblinger Art. 305 Nr. 1, S. 429 ff.

bei diesem System in der Hand, durch Ausfällung einer nicht appellablen Strafe den Fall einer Nachprüfung zu entziehen, wodurch insbesondere dem Staatsanwalt die Wahrung der öffentlichen Interessen entzogen werde[55].

Dieser Kritik ist insoweit beizupflichten, als das zweite System das logisch richtigere sein dürfte. Dafür ist es aber auch viel komplizierter, sodaß die in der Praxis brauchbarere und einfachere Lösung unter den gegebenen Umständen der theoretisch richtigeren vorzuziehen ist. Der Nachteil der mangelnden Kontrolle des Gerichts, dem der Staatsanwalt ohnmächtig gegenüberstehen soll, wird dadurch behoben, daß sich die Berufungsmöglichkeit des letztern nicht nur nach der erkannten Strafe, sondern auch nach dem gestellten Antrage richtet. Im frühern Recht wurden neben den Urteilen ausdrücklich auch die Anträge des Staatsanwaltes als appellabel genannt[56]. Das geltende Recht erwähnt diese Bestimmung nur mehr bei den Ehrverletzungsklagen ausdrücklich, wo bestimmt wird, daß die Berufung neben der ausgesprochenen Veröffentlichung des Urteils auch dann zulässig sei, wenn eine solche verlangt wurde[57]. Es wäre nun aber nicht einzusehen, warum dies nur bei Ehrverletzungen gelten sollte. Trotz der etwas unglücklichen Abfassung von § 35 OG kann deshalb kein Zweifel bestehen, daß dieser Grundsatz des alten Rechts auch heute noch seine Geltung hat. Der Staatsanwalt ist somit in allen Fällen zur Berufung berechtigt, wo er den Antrag auf eine appellable Strafe gestellt hat, und das Gericht diesem Antrag nicht gefolgt ist, indem es auf eine geringere Strafe oder auf Freispruch erkannte.

3. Gegenüber dem frühern Recht ist durch die neue Regelung die Berufung noch weiter eingeschränkt und erschwert worden, was nach dem bereits Gesagten nicht gerechtfertigt erscheint. Während nach altem Recht noch Urteile von einer Buße über Fr. 100.— und von Gefängnis oder Untersuchungshaft von über

[55] Probst S. 54/55
[56] Vgl. unrevidierte K. V. § 62
[57] OG § 35

14 Tagen appellabel waren[58], muß nach geltendem Recht die Buße Fr. 300.— und die Freiheitsstrafe 30 Tage übersteigen[59]. Ist mit einer Freiheitsstrafe noch eine Buße verbunden, so wird für die Frage der Zulässigkeit der Berufung die letztere nach den Umwandlungsgrundsätzen des Strafgesetzbuches in Berechnung gezogen. Danach werden Fr. 10.— Buße einem Tag Haft gleichgesetzt[60]. Diese Umrechnung ist aber nicht nur auf die Haft beschränkt, sondern muß hier logischerweise auch bei einer Gefängnisstrafe gegeben sein.

Eine selbständige Berufung gegen Nebenstrafen, wie sie nach altem Recht gegen das Wirtshausverbot und gegen die Einstellung im Aktivbürgerrecht möglich war, ist nicht mehr vorgesehen. Eine Anfechtung ist hier somit nur in Verbindung mit einer appellabeln Hauptstrafe gegeben. Dagegen ist in Ehrverletzungsklagen die Berufung gegen die verlangte oder ausgesprochene Veröffentlichung des Urteils möglich. Nach dem Strafgesetzbuch handelt es sich bei der Veröffentlichung des Urteils nicht um eine Strafe, sondern um eine Maßnahme[61]. Daß gegen diese Maßnahme die Berufung eingeräumt wurde, dürfte seinen Grund darin haben, daß man gemäß der alten Auffassung die Veröffentlichung des Urteils in Ehrverletzungsklagen nicht als Maßnahme, sondern eher als Nebenstrafe betrachtet hat. Gegen weitere sichernde und andere Maßnahmen[62] ist im Gesetz keine selbständige Berufung vorgesehen. Eine solche muß aber wenigstens in jenen Fällen als zulässig erachtet werden, wo sichernde Maßnahmen gegenüber Gewohnheitsverbrechern, Liederlichen und Arbeitsscheuen, Gewohnheits-

[58] Unrev. K. V. § 62

[59] OG § 35. Klarer und unmißverständlicher wäre gewesen, diese Frist nicht auf 30 Tage, sondern auf einen Monat festzusetzen, da im Urteil die Strafe gewöhnlich auch nicht auf 30 Tage, sondern auf einen Monat lautet, wobei dieser Begriff gemäß Art. 110 Ziff. 6 StGB nicht nach Tagen, sondern nach der Kalenderzeit zu berechnen ist.

[60] StGB Art. 49 Ziff. 3, Abs. 3

[61] Vgl. Hafter: Allg. Teil S. 425; Thormann-v. Overbeck, Komm. Art. 61 Note 1, S. 211

[62] Vgl. StGB Art. 14—17; Art. 42—45; Art. 57—62; Art. 84—88; Art. 91—94

trinkern und Rauschgiftkranken verfügt wurden (Art. 42—45 StGB). Denn hier tritt die Maßnahme immer an Stelle einer verwirkten Freiheitsstrafe oder schiebt die letztere nur auf. In analoger Weise wird auch die Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht gegen solche Maßnahmen zugelassen, wobei der Kassationshof noch weiter ging und selbst Erziehungsmaßnahmen gegen Jugendliche als selbständig anfechtbar erklärte[63].

C. Die Berufung im Zivilpunkt

I. Ist durch die strafbare Handlung dem Verletzten ein Schaden entstanden, so erwirbt dieser gegenüber dem Täter einen privatrechtlichen Anspruch auf Wiedergutmachung dieses Schadens. Dieser Reparationsanspruch ist grundsätzlich verschieden vom staatlichen Strafanspruch und sollte an sich auf dem Wege eines besonderen Zivilprozesses geltend gemacht werden. Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist aber die Gesetzgebung zu einer Miterledigung des Zivilstreites in Verbindung mit dem Strafprozeß im sogenannten Adhäsionsprozeß gelangt[64]. Die Verbindung von Zivil- und Strafprozeß in einer Simultanverhandlung bedingt im gleichen Verfahren die Anwendung von zivil- und strafprozessualen Rechtssätzen[65], was zu Schwierigkeiten speziell auch im Rechtsmittelverfahren Anlaß geben kann. Grundsätzlich ist die Adhäsion bedingt durch die Existenz eines Strafverfahrens. Dieses ist das Prinzipale, zu welchem als Akzessorium die Zivilklage hinzukommt[66]. Die Strafsache geht deshalb als causa maior der Zivilsache vor und darf durch dieselbe nicht ungebührlich verzögert oder gehindert werden[67]. Es werden deshalb nur liquide Schadenersatzansprüche beurteilt, und der Richter kann es jederzeit ablehnen, sich mit

[63] Leuch: Nichtigkeitsbeschwerde S. 7 und 8
[64] Weiß S. 42
[65] Haller S. 18
[66] Vgl. Matti: Zivilklage S. 28 und 30
[67] Vgl. Ludwig S. 364

der Schadensforderung zu befassen. Er kann dieselbe auf den ordentlichen Zivilweg verweisen, falls dafür Erhebungen nötig wären, die für die Strafverfolgung nicht von Bedeutung sind[68]. Dies gilt auch schon für den Verhörrichter im Untersuchungsverfahren. Ebenso erfolgt in der Praxis bei einem Freispruch im Strafpunkt die Verweisung des Zivilpunktes auf den Zivilweg, obwohl eine Beurteilung des Zivilanspruches trotz freisprechendem Strafurteil an sich dem Adhäsionsprozeß nicht entgegenstehen würde[69].

Für den Zivilpunkt sollen grundsätzlich die zivilprozessualen Formen gelten, soweit diese nicht notwendig durch den Strafprozeß modifiziert werden müssen[70]. Demgemäß wird der Zivilanspruch nicht von Amtes wegen berücksichtigt, sondern nur auf einen Antrag hin, welcher in einer schriftlichen Eingabe zu umschreiben und zu begründen ist. Gemäß dem zivilprozessualen Dispositionsprinzip kann die Zivilklage auch wieder zurückgenommen werden, was auf die Strafverfolgung keinen Einfluß hat[71]. Zivil- und Privatkläger sind wohl über den ihnen zugefügten Schaden im Untersuchungsverfahren wie Zeugen einzuvernehmen und zur Angabe ihrer Beweismittel aufzufordern. Zur genauen Feststellung des Schadens ist der Verhörrichter von Amtes wegen aber nur verpflichtet, soweit dies zur Beurteilung der Straftat erforderlich ist. Im übrigen dagegen ist er befugt, für die Kosten der Beweiserhebung von der Zivilpartei einen angemessenen Vorschuß zu verlangen[72].

Richtigerweise sollte der Staatsanwalt im Adhäsionsprozeß auf die Geltendmachung des staatlichen Strafanspruches beschränkt sein und die Vertretung des Zivilanspruchs allein dem

[68] StPO § 55, Abs. 3 und § 69, Abs. 2. Die nach altem Recht geltende Regelung, wonach der Richter allgemein auf Schadenersatz erkennen konnte, und die nähere Präzisierung desselben dem Zivilprozeß überließ (vgl. Kr.GO § 25 c), kennt das geltende Recht richtigerweise nicht mehr.
[69] Vgl. BGE 33 II 94; Plank S. 647; Waiblinger S. 12
[70] Matti: Zivilklage S. 27
[71] StPO § 69, Abs. 1 und 3
[72] StPO § 26, Abs. 1 und § 69, Abs. 2

Zivilkläger überlassen[73]. Gemäß § 37, Abs. 2 StPO hat er in seinem Strafantrag aber auch zur Beurteilung der Zivilansprüche Stellung zu nehmen. Schon nach früherem Recht hatte der Staatsanwalt die Rechte des Geschädigten zu vertreten, sofern dieser nicht vorgeladen werden konnte[74]. Eine einseitige Vertretung der Parteiinteressen des Geschädigten steht aber dem Staatsanwalt nicht an. Die betreffende Bestimmung des § 37 ist daher vielmehr dahin zu verstehen, daß er sich einmal über die Miterledigung oder Verweisung der Zivilsache zu äußern hat und im übrigen bei der Stellungnahme zu den Zivilansprüchen sich an die objektiven Gegebenheiten und nicht etwa an die Anträge des Zivilklägers zu halten hat.

II. Aus dem Wesen des Adhäsionsverfahrens ergibt sich, daß die vor erster Instanz begründete Adhäsion auch im Rechtsmittelverfahren weiterbestehen soll[75]. Gemäß der akzessorischen Natur der Zivilsache kann diese daher in Verbindung mit der Strafsache auch zur oberinstanzlichen Überprüfung gebracht werden[76], d. h. mit der Berufung im Strafpunkt kann auch der damit verbundene Zivilpunkt ohne Einschränkung weitergezogen werden.

Ist die Strafsache selbst aber nicht appellabel oder wird sie trotz der vorhandenen Möglichkeit nicht angefochten oder kann sie, wie dies von Seiten des Zivilklägers der Fall ist, grundsätzlich nicht angefochten werden, so stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer selbständigen Berufung im Zivilpunkt allein. Hier muß als Grundsatz gelten, daß Zivilkläger und Zivilbeklagter nicht schlechter gestellt sein dürfen, als wenn sie den Rechtsstreit im ordentlichen Zivilprozeß ausgetragen hätten[77], d. h. die Frage nach der Berufungsmöglichkeit soll sich nach den

[73] Ludwig S. 374; vgl. auch die diesbezügliche Praxis im bernischen Recht: Waiblinger S. 86
[74] Altes OG von 1905 § 66
[75] Weiß S. 114
[76] Probst S. 72; Ludwig S. 377
[77] Weiß S. 113

Vorschriften des Zivilprozeßrechts richten. Gemäß diesem Grundsatz bestimmt das Gesetz in § 73 StPO für den Zivilkläger, daß er in Bezug auf seine Schadensforderung die Berufung nur insoweit erklären kann, als diese nach den Bestimmungen der ZPO möglich ist. Diese Regelung ist aber nicht auf den Zivilkläger beschränkt, sondern muß konsequenterweise auch für den Angeklagten gelten, wenn er im Zivilpunkt die selbständige, d. h. vom Strafpunkt unabhängige Berufung einlegen will.

III. Voraussetzung für die selbständige Berufung im Zivilpunkt ist zunächst ein materieller Entscheid in der Zivilsache. Wird diese vom Strafrichter nicht behandelt, sondern auf den Zivilweg verwiesen, so liegt kein Sachentscheid, sondern eine prozeßleitende Verfügung vor[78], gegen welche keine selbständige Berufung zulässig ist, wie dies schon nach der früheren Praxis gegolten hat[79].

Nach dem Zivilprozeßrecht ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert Fr. 1500.— übersteigt oder wenn er unbestimmbar, d. h. nach der Natur der Sache nicht in Geld abschätzbar ist[80]. Als maßgeblicher Streitwert kommt dabei derjenige in Betracht, der sich aus den Parteibegehren und Erklärungen ergibt, welche dem erstinstanzlichen Urteil zugrunde lagen. Sind die Parteien über den Wert des Streitgegenstandes uneinig, so erfolgt dessen Feststellung nach richterlichem Ermessen, wobei im Zweifel für den höheren Betrag zu entscheiden ist. Mehrere geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet[81]. Dies gilt auch dann, wenn sie aus verschiedenen strafbaren Handlungen des nämlichen Täters herrühren[82]. Eine Zusammenrechnung des klägerischen Streitwertes mit demjenigen einer all-

[78] Vgl. Plank S. 648; Ludwig S. 378
[79] Oberger. v. 18.7.1943 i. S. N.; Rech.Ber. 1933/34 S. 50
[80] OG § 15; ZPO § 200, Abs. 1
[81] ZPO §§ 12 und 13
[82] Waiblinger S. 435

fälligen Widerklage, wie sie in Ehrverletzungsklagen zulässig ist[83], ist dagegen nicht zulässig.

Um einen unbestimmten Streitwert dürfte es sich hier im Adhäsionsprozeß wohl selten oder nie handeln, da nur liquide Schadenersatzansprüche beurteilt werden, andernfalls ihre Verweisung auf den Zivilweg erfolgt. Unter dem wiedergutzumachenden Schaden ist aber nicht nur der reine Vermögensschaden gemäß OR 41 ff., sondern auch der durch gewisse Delikte verursachte immaterielle Schaden zu verstehen[84], der einen Anspruch auf Genugtuungsleistung begründet[85]. Nach der bundesgerichtlichen Praxis gehört auch der Genugtuungsanspruch nicht zu den ihrer Natur nach keiner Schätzung unterliegenden Streitgegenständen[86].

IV. Wird einzig im Zivilpunkt die Berufung eingelegt, so hört vor der Berufungsinstanz die Adhäsion auf[87]. Im Strafpunkt erwächst das Urteil in Rechtskraft, und der Prozeß geht als reiner Zivilprozeß vor der zweiten Instanz weiter, d. h. vor der zivilprozessualen Berufungsinstanz nach rein zivilprozessualen Formen[88]. Bezüglich des zuständigen Gerichts ändert sich nach der zugerischen Gerichtsorganisation dadurch nichts. Das Obergericht ist sowohl in Zivil- wie in Strafsachen Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantons- bzw. Strafgerichts[89], während anderseits für eine selbständige Berufung im Zivilpunkt bei Urteilen der niedern Strafrechtspflege die Voraussetzungen überhaupt nicht gegeben sind.

Aus dem Aufhören der Adhäsion und dem Fortgang des Verfahrens als reinem Zivilprozeß ergibt sich, daß in diesem Falle eine Mitwirkung des Staatsanwaltes im Berufungsverfahren

[83] StPO § 65, Abs. 1
[84] Ludwig S. 363
[85] Vgl. z. B. ZGB Art. 28; OR Art. 47 und 49
[86] BGE 41 II 621
[87] Matti: Zivilklage S. 34/35
[88] Weiß S. 114; Ludwig S. 377; Anderer Ansicht Huber S. 29
[89] OG § 15 und § 35

nicht mehr möglich ist. Er ist zur Berufung im Zivilpunkt nur in Verbindung mit dem Strafpunkt befugt. Ein selbständiges Berufungsrecht gegen den Zivilentscheid allein würde seiner Stellung als Vertreter des staatlichen Strafanspruches widersprechen, weshalb ihm dieses Recht nicht zuerkannt werden kann[90].

D. Die Berufung gegen Entscheide über Entschädigungsansprüche und über die Kostenauflage

Im Urteilsdispositiv wird außer dem Strafpunkt und dem allfälligen Zivilpunkt unter Umständen auch entschieden über einen dem Beschuldigten vom Staate zukommenden Entschädigungsanspruch, sowie über die Auflage der Kosten und einer eventuellen Parteientschädigung. Bei diesen Punkten handelt es sich nicht um Ausflüsse des materiellen Zivil- oder Strafrechts, sondern um solche, welche sich aus dem Prozeßverhältnis ergeben[91], weshalb sie einer besondern Betrachtung bedürfen.

I. Gemäß § 57 StPO, Abs. 2 kann einem Freigesprochenen eine den Umständen angemessene Entschädigung seitens des Staates für ungesetzliche oder unbegründete Haft zugesprochen werden. Die Zusprechung einer solchen Entschädigung liegt aber nicht im Belieben des Richters, wie dies aus dem Wortlaut des genannten Paragraphen geschlossen werden könnte. Vielmehr hat der ungesetzlich oder unschuldig Verhaftete ein verfassungsmäßig garantiertes Recht auf staatliche Genugtuung und Entschädigung[92]. Umso wünschenswerter wäre deshalb für den Betroffenen die Möglichkeit der Anfechtung einer derartigen richterlichen Entscheidung für den Fall, daß ihm keine oder wenigstens keine angemessene Entschädigung zugesprochen wird. Während im Untersuchungsverfahren gegen eine vom Verhörrichter anläßlich einer Einstellung erkannte Entschädigungsver-

[90] Vgl. Ludwig S. 376
[91] Huber S. 32; Probst S. 108/09
[92] K. V. § 8, Abs. 4

fügung die Beschwerde erhoben werden kann[93], ist gegen einen richterlichen Entscheid solcher Art kein selbständiges Rechtsmittel vorgesehen. Die Beschwerde richtet sich nicht gegen Urteile[94], und ebenso sieht das Gesetz in diesem Falle keine selbständige Anfechtung durch die Berufung vor. Eine solche ist daher nur auf dem Gebiete der niedern Strafrechtspflege möglich, wo die Berufung unbeschränkt zulässig ist. Auf dem Gebiete der höhern Strafrechtspflege aber kann der Entscheid über einen solchen Entschädigungsanspruch nur in Verbindung mit einer aus andern Gründen zulässigen Berufung angefochten werden. Wenn auch infolge der verfassungsmäßigen Garantie dieses Entschädigungsanspruches dem Betroffenen noch der staatsrechtliche Rekurs ans Bundesgericht offen stehen mag[95], so kann diese Möglichkeit das fehlende kantonale Rechtsmittel doch nicht gleichwertig ersetzen. Eine diesbezügliche weitere Ausgestaltung der Berufung oder der Beschwerde wäre deshalb durchaus am Platze gewesen.

II. In gleicher Weise ist gegen die Auflage von Kosten und Parteientschädigungen keine selbständige Berufungsmöglichkeit eingeräumt. Solche Auflagen können nicht nur dem Verurteilten, sondern bei einem freisprechenden Urteil auch dem Privatkläger und unter gewissen Umständen auch dem Anzeiger auferlegt werden. Ferner kann der Freigesprochene dazu verurteilt werden, wenn er aus eigenem Verschulden zur Untersuchung oder deren Erschwerung Anlaß gegeben hat[96], insbesondere auch wegen widersprechenden Angaben[97].

Gegen den Kostenpunkt wurde schon nach früherem Recht, bzw. der alten Praxis eine selbständige Berufung nicht zugelassen. So führte das Obergericht zu dieser Frage in einem Entscheide vom 18. November 1935 aus, daß die Kostenauflage nur

[93] StPO § 19 und § 80 Ziff. 4
[94] Vgl. Justizkommission v. 13. Mai 1943
[95] B. V. Art. 113 Ziff. 3
[96] StPO § 57, Abs. 1 und § 58
[97] Rech.Ber. 1939/40 S. 47

ein Akzessorium des Urteils sei und nicht selbständig Gegenstand eines Rechtsmittels sein könne[98].

Während für den Verurteilten oder den Freigesprochenen wenigstens in berufungsfähigen Urteilen die akzessorische Mitanfechtung der Kostenauflage gegeben ist, steht dem Privatkläger und dem Anzeiger wegen der mangelnden oder beschränkten Parteifähigkeit diese Möglichkeit nicht zu[99]. Dies wirkt sich hier umso härter aus, als sich die beiden gegen die Kostenauflage im Prozeßverfahren gar nicht äußern und verteidigen können. Zur Vermeidung dieser Härte sollte nach der frühern Praxis dem Privatkläger in der Hauptverhandlung das Wort zu einer eventuellen Kostenauflage erteilt werden[100]. Nach geltendem Recht kann aber eine solche Möglichkeit nur dann in Frage kommen, wenn der Privatkläger zugleich als Zivilkläger auftritt und als solcher in der Hauptverhandlung zu seiner Schadensforderung Stellung nehmen kann[101]. Als gewöhnlicher Privatkläger kommt ihm dagegen, wie auch dem Anzeiger, im Hauptverfahren keine Parteistellung zu[102]. In solchen Fällen sollte aber dem Betroffenen trotzdem die Gelegenheit zu einer Vernehmlassung eingeräumt werden, sei es auf mündlichem oder schriftlichem Wege, andernfalls wohl der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt werden dürfte[103].

[98] Rech.Ber. 1935 S. 43; vgl. diesbezüglich auch Rech.Ber. 1913 S. 49
[99] Dagegen besteht für sie auch die Beschwerdemöglichkeit gegen die Kostenauflage im Falle der Nichtanhandnahme einer Anzeige oder Privatklage; vgl. StPO § 7 und § 80 Ziff. 3.
[100] Oberger. v. 18. Juli 1934 i. S. U.: Rech.Ber. 1933/34 S. 50
[101] StPO § 11, Abs. 2 und § 45, Abs. 4
[102] Siehe folgendes Kapitel D, II
[103] Vgl. hierüber Burckhardt, Kommentar S. 53

III. Kapitel

Die Berechtigung zur Berufung

A. Im allgemeinen

Eine notwendige Berufung, wie sie einzelne Kantone kennen, und die darin besteht, daß in schwereren Straffällen von Amtes wegen eine oberinstanzliche Nachprüfung des Strafurteils zu erfolgen hat[1], ist im zugerischen Strafprozeß nicht bekannt. Vielmehr ist es in allen Fällen dem Belieben der Parteien anheimgestellt, ob sie sich mit dem erstinstanzlichen Urteil abfinden oder ob sie dasselbe mit der Berufung weiterziehen wollen. Es stellt sich deshalb die Frage, wer zur Ergreifung dieses Rechtsmittels berechtigt ist.

I. Nach allgemeinem Grundsatz, der zwar im Gesetz nicht eigens erwähnt ist, der aber für die Ergreifung von Rechtsmitteln ganz allgemeine Bedeutung hat, muß die zur Anfechtung befugte Person ein Interesse an der Anfechtung haben[2]. Die angefochtene Entscheidung muß für sie eine Beschwer, ein „gravamen", enthalten. Eine solche Beschwer ist für den Beschuldigten immer dann gegeben, wenn ihn der richterliche Entscheid objektiv zu hart trifft, für den öffentlichen Ankläger dann, wenn die Entscheidung zu mild ausgefallen ist[3]. Gegen einen Freispruch oder eine Einstellung steht daher dem Beschuldigten normalerweise kein Anfechtungsrecht zu, es sei denn, er werde dabei mit den Kosten belastet.

Ebenso wird sich der Staatsanwalt nicht beschwert fühlen, falls das Gericht seinen Anträgen gefolgt ist. Ein Interesse zur Anfechtung kann bei ihm aber in jeder gearteten Entscheidung

[1] Schwendener S. 38
[2] Binding S. 232
[3] Bennecke und Beling S. 441

liegen, sei diese zu mild oder zu hart ausgefallen[4], m. a. W. als Vertreter des staatlichen Strafanspruches wird er durch jedes Urteil beschwert, welches materiell unrichtig ist[5].

II. Eine weitere Frage allgemeiner Natur ist die, ob es sich beim Berufungsrecht um ein höchstpersönliches Recht gemäß Art. 19 ZGB, Abs. 2 handle, und ob demgemäß ein urteilsfähiger Unmündiger oder Entmündigter dieses Rechtsmittel selbständig einreichen könne, oder hiezu der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedürfe. Diese Frage wird in den Kantonen verschieden gelöst. Während sie das zürcherische Strafprozeßrecht bejaht[6], wird sie für den Kanton Aargau verneint[7]. Mangels gesetzlicher Bestimmungen und einer diesfälligen Praxis dürfte hier die bernische Praxis zum Vorbild genommen werden. Nach dieser wird im Strafpunkt die Berufung selbständig gewährt mit der Begründung, daß das Strafurteil unmittelbar die Persönlichkeit betreffe, und deshalb dem Betroffenen die zur Abwehr dieser Beschwer zustehenden Rechte um seiner Persönlichkeit willen zustehen. Im Zivilpunkt dagegen steht dem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten die selbständige Anfechtung nicht in allen Fällen zu, sondern nur soweit, als es sich um die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche handelt, die ihm seiner Persönlichkeit willen zustehen. Andernfalls bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[8].

III. Nach dem Wortlaut des Gesetzes steht das Recht zur Berufung dem Verurteilten, dem Staatsanwalt und dem Zivilkläger in Bezug auf seine Zivilforderung zu[9]. Nicht ausdrücklich erwähnt wird der Privatkläger, dem aber dieses Recht in gewissen Fällen ebenfalls eingeräumt werden muß. Im folgenden seien die einzelnen Berechtigten Gegenstand einer besonderen Betrachtung.

[4] Beling S. 334
[5] Lüssy S. 24
[6] Vgl. § 395 Ziff. 3; Sträuli S. 228
[7] Werder S. 3 ff.
[8] Vgl. Zurbrügg S. 55 ff.; Probst S. 157 ff.; Waiblinger S. 420
[9] StPO § 71, Abs. 1 und § 73

B. Der Angeklagte

I. Der gesetzliche Ausdruck „Verurteilter" ist nicht glücklich gewählt und darf insbesondere nicht zu der Annahme verleiten, als ob eine Berufung des Angeklagten immer nur im Falle einer Verurteilung zulässig wäre. Wie bereits dargetan wurde, ist unter gewissen Umständen auch der Freigesprochene zur Berufung berechtigt, d. h. immer dann, wenn für ihn das Urteilsdispositiv trotz Freispruch eine Beschwer bedeutet. Ferner scheint es überhaupt nicht angebracht, bei einem noch nicht rechtskräftigen Urteil allgemein von einem Verurteilten zu sprechen. So lange das Urteil noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist und durch Rechtsmittel weitergezogen werden kann, steht auch eine Verurteilung des Angeklagten noch nicht fest. Unter dem gesetzlichen Ausdruck „Verurteilter" ist daher nicht nur ein Verurteilter im eigentlichen Sinn des Wortes zu verstehen, sondern kurzerhand der Angeklagte. Zum Angeklagten wird der Angeschuldigte[10], sobald die Untersuchung abgeschlossen ist und dem Staatsanwalt zur Antragstellung ans Strafgericht überwiesen wurde[11].

II. Der Angeklagte ist sowohl im Zivil- wie im Strafpunkt zur selbständigen Berufung berechtigt, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen hiefür gegeben sind. Daneben ist er aber auch zur Anschlußberufung an die Berufung einer andern Partei, sei es einer Straf- oder Zivilpartei, befugt[12]. Er kann die Berufung entweder selber oder durch seinen Verteidiger erklären[13]. Jeder Angeklagte bzw. Angeschuldigte hat das Recht, sich nach Einleitung des Untersuchungsverfahrens einen Verteidiger zu be-

[10] Gemäß § 10, Abs. 1, StPO diejenige Person, gegen die sich eine polizeiliche Ermittlung oder Strafuntersuchung richtet.

[11] StPO § 10; U. E. ist auch der dem Richter der niedern Strafrechtspflege direkt zur Beurteilung Überwiesene als Angeklagter zu betrachten, obwohl hier keine Anklage durch den Staatsanwalt erfolgt. Der Überweisungsbeschluß als solcher dürfte hier als Anklage gewertet werden.

[12] Vgl. unten V. Kap. D

[13] Schwendener S. 55

stellen[14]. Als solche werden nur Rechtsanwälte zugelassen[15]. Wer finanziell nicht in der Lage ist, sich selbst einen Verteidiger zu bestellen, kann um Gewährung eines amtlichen Verteidigers nachsuchen. Dieser wird analog nach dem Verfahren über die unentgeltliche Rechtspflege in der Zivilprozeßordnung bestellt. Eine besondere Art des amtlichen Verteidigers ist der von Amtes wegen bestellte, d. h. der obligatorische Verteidiger, der dem Angeklagten bestellt werden muß, sofern der Strafantrag auf eine Freiheitsstrafe von über sechs Monaten lautet[16].

Die Stellung des Verteidigers ist wie im Zivilprozeß die eines Beistandes, nicht die eines Vertreters[17]. Er tritt neben, nicht an Stelle des Beklagten auf und führt für ihn Wort und Feder, ohne daß eine Mitwirkung des letztern ausgeschlossen wäre[18]. Bei Meinungsverschiedenheiten ist grundsätzlich der Wille des Beklagten maßgebend. Der Verteidiger ist deshalb nicht befugt, entgegen dem ausdrücklichen Willen seines Klienten die Berufung einzureichen[19].

Eine schriftliche Vollmacht erscheint nicht nötig, wenn der Verteidiger mit dem Beklagten persönlich erscheint, dagegen aber bei erstmaligen schriftlichen Eingaben. Die vor erster Instanz bestehende Verbeiständung braucht im Berufungsverfahren nicht besonders nachgewiesen zu werden, sondern dauert grundsätzlich weiter[20]. Dies gilt aber nicht für den armenrechtlich be-

[14] K. V. § 53, Abs. 2; StPO § 10, Abs. 2

[15] Vgl. Gesetz betr. die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs im Kanton Zug vom 12.7.28; Hildebrand III S. 221 ff. Gemäß § 1 ist für die Ausübung des Anwaltsberufs neben dem Anwaltspatent noch das Fehlen von kriminellen Vorstrafen sowie von definitiven Verlustscheinen verlangt.

[16] O. G. § 27; ZPO §§ 46 ff.

[17] Vgl. Glaser Band 2, S. 225; Sträuli § 8 Nr. 2 S. 17; ZPO § 48 „Rechtsbeistand"

[18] Im Kontumazialverfahren wird der Verteidiger nur zugelassen, wenn es sich um einen von Amtes wegen bestellten handelt. Vgl. Rech.Ber. 1941/42 S. 84.

[19] Glaser S. 246

[20] Zurbrügg S. 60

stellten Verteidiger, in welchem Falle bei der Berufungsinstanz um die Erneuerung der Bewilligung nachzusuchen ist. Dagegen bedarf die obligatorische amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren keiner Bestätigung[21].

C. Der Staatsanwalt

I. Der Staatsanwalt ist der öffentliche Ankläger und hat als solcher den staatlichen Strafanspruch vor erster und zweiter Instanz zu vertreten[22]. In allen Fällen, wo er als solcher auftritt, ist er als Partei des Strafprozesses auch zur Einlegung der Berufung berechtigt, sofern eine solche im Einzelfall zulässig ist. In Strafverfahren dagegen, wo der Strafanspruch des Staates nicht vom Staatsanwalt vertreten wird, steht diesem keine Mitwirkung am Prozeßverfahren zu und deshalb auch keine Berufungsberechtigung. Es frägt sich daher, in welchen Straffällen die Beteiligung des Staatsanwaltes als öffentlicher Ankläger ausgeschlossen ist.

1. Eine scheinbare Ausnahme von der grundsätzlichen Vertretung des staatlichen Strafanspruches durch den Staatsanwalt bildet das erstinstanzliche Verfahren in Fällen der niedern Strafrechtspflege, wo kein Hauptverfahren stattfindet, sondern auf Grund der Akten entschieden wird[23]. Wenn der Staatsanwalt hier auch keine formelle Klage erhebt, so vertritt er aber dennoch auch in diesen Fällen den staatlichen Strafanspruch. Dies geschieht zwar allerdings nicht durch seine persönliche Teilnahme am Verfahren, dagegen aber wenigstens durch seine Kontroll-

[21] Rech.Ber. 1941/42 S. 85

[22] OG § 24; StPO § 9. Er wird wie der Polizeirichter und der Verhörrichter vom Regierungsrat gewählt unter Bestätigungsvorbehalt durch den Kantonsrat (OG § 25). Als öffentlicher Ankläger aber ist er dennoch als Justizbeamter zu betrachten und untersteht für diese Tätigkeit der Aufsicht des Obergerichts (OG § 26; vgl. auch Henggeler S. 55).

[23] StPO § 59, Abs. 1 und 2; nach dem Gesetzestext ist den Einwohnerräten und Polizeiämtern eine mündliche Verhandlung nicht verboten. Eine solche kommt aber in der Praxis kaum vor.

tätigkeit. Ihm ist deshalb die Überweisungsverfügung des Verhörrichters unter Beischluß der Akten zu übermitteln, wogegen er Beschwerde erheben kann[24]. Ferner sind ihm auch die ergangenen Urteile der niedern Strafrechtspflege in Kopie zuzustellen. Diese hat er einer nähern Überprüfung zu unterziehen, wobei er auch zur Anforderung der Untersuchungsakten berechtigt ist. Im Interesse einer gleichmäßigen und gesetzesmäßigen Handhabung der Strafrechtspflege ist er befugt, gegen solche Urteile, wenn nötig, die Berufung zu erklären[25]. Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren tritt der Staatsanwalt im Berufungsverfahren dann persönlich zur Vertretung des staatlichen Strafanspruchs auf[26].

2. Eine wirkliche Ausnahme vom Grundsatz der Vertretung des staatlichen Strafanspruchs durch den Staatsanwalt ist dagegen im Verfahren bei Ehrverletzungsklagen, die nicht durch das Mittel der Presse begangen wurden, vorgesehen[27]. Hier tritt an Stelle des öffentlichen Anklägers der verletzte Private, der sogenannte Privatstrafkläger, dem die Anhebung und Durchführung der Strafverfolgung, bzw. die Vertretung des staatlichen Strafanspruchs vor Gericht überlassen wird. Der Staat interessiert sich in diesen Fällen nicht um die Strafverfolgung, sondern überläßt diese vollständig dem Belieben des Privaten[28]. Deshalb kommt bei diesem Verfahren auch dem Staatsanwalt keine Mitwirkung zu. Eine Übermittlung der Überweisungsverfügung

[24] StPO § 36; OG § 23, Abs. 2 und 4

[25] StPO § 59, Abs. 3 und § 7 der Verordnung über die Amtsführung der Staatsanwaltschaft vom 3. Juni 1942 (GB XIV. Bd. S. 522).
Die Unterlassung der Urteilszustellung an den Staatsanwalt ist nicht als Gültigkeitserfordernis zu betrachten, dagegen läuft in einem solchen Falle die Berufungsfrist für den Staatsanwalt erst vom Zeitpunkt an, wo er vom Urteil Kenntnis erhalten hat. Er kann deshalb in einem solchen Falle die Berufung auch noch einlegen, wenn das Urteil für den Verurteilten bereits in Rechtskraft erwachsen ist.

[26] Vgl. unten VI. Kap., A, IV.

[27] OG § 24, Abs. 1; StPO §§ 65 ff.

[28] Vgl. unten lit. D., I.

an ihn findet bei diesen Ehrverletzungen nicht statt[29], und es kann ihm daher konsequenterweise auch kein Recht zur Berufung gegen solche Urteile zustehen[30].

II. Da das staatliche Interesse vor allem auf ein gerechtes Urteil geht, ist der Staatsanwalt nicht nur zu Lasten des Beklagten, sondern auch zu dessen Gunsten zur Berufung befugt[31]. Wie bereits ausgeführt wurde, ist bezüglich der Berufungsgrenze für ihn nicht nur die ausgefällte Strafe, sondern auch sein Antrag maßgebend. Die Berufung kann von ihm ebenfalls entweder selbständig oder anschlußweise an die Berufung des Beklagten erklärt werden. Bezüglich der Berufungsberechtigung im Zivilpunkt gilt (wie ebenfalls schon ausgeführt wurde), daß er dazu nur in Verbindung mit dem Strafverfahren berechtigt ist, nicht aber zu einer selbständigen Berufung im Zivilpunkt allein.

III. Neben dem Staatsanwalt ist in Straffällen, die der Bundesrat den kantonalen Behörden zur Untersuchung und Beurteilung überwiesen hat, oder die gemäß einem Beschluß des Bundesrates ihm mitzuteilen sind, auch der Bundesanwalt zur Erklärung der Berufung berechtigt, und zwar innert 10 Tagen nach Mitteilung des Urteils an den Bundesrat[32].

D. Der Privatkläger

Im Gesetzestext ist allgemein, ohne nähere Unterscheidung, die Rede vom Privatkläger und von der Privatklage[33]. Dieser Begriff ist aber nicht eindeutig, und das Gesetz kennt zwei verschiedene Arten von Privatklägern bzw. Privatstrafklagen. Die Frage nach der Berufungsberechtigung des Privatklägers erfordert deshalb eine klare Scheidung dieser beiden Arten.

[29] OG § 23, Abs. 3
[30] Vgl. auch Schwendener S. 57
[31] Pfenninger: Zürch. Strafprozeßreform S. 373; Brügger S. 17
[32] Art. 266 und 267 BStP
[33] Vgl. z. B. StPO §§ 6, 7, 8, 11 und 26

I. Der prinzipale Privatstrafkläger.

1. Grundsätzlich werden die strafbaren Handlungen von Amtes wegen verfolgt und beurteilt[34], wobei der staatliche Strafanspruch vom Staatsanwalt vertreten wird. Ausnahmsweise wird aber bei einer Reihe von Delikten dem Verletzten bei der Strafverfolgung ein Mitspracherecht eingeräumt. So macht der Staat bei den sog. Antragsdelikten die Geltendmachung seines Strafanspruchs von der Einwilligung des Verletzten abhängig, sei es wegen der besondern Natur dieser Delikte oder wegen ihrer Geringfügigkeit, oder auch mit Rücksicht auf die Interessen des Angegriffenen[35]. Ist aber der Strafantrag gestellt, so wird die Strafverfolgung von den amtlichen Organen ohne Mitwirkung des Verletzten durchgeführt. Der Gesetzgeber ist aber noch weiter gegangen und hat innerhalb dieser Antragsdelikte noch eine besondere Gruppe ausgeschieden, bei welchen nicht nur die Strafverfolgung vom Antrag des Verletzten abhängig gemacht wird, sondern wo diesem auch die Anhebung der Klage und ihre Durchführung vor Gericht überlassen wird. Bei diesem Privatstrafklageverfahren tritt an Stelle des Staatsanwaltes der Verletzte als Privatkläger auf und führt den Prozeß auf eigene prozessuale Verantwortung durch[36]. Es handelt sich auch hier um den Strafanspruch des Staates, nicht um einen privaten Strafanspruch. Der Staat zeigt aber kein Interesse zur Geltendmachung dieses Anspruches und überläßt dies der Initiative des Privaten[37]. Das Anwendungsgebiet der prinzipalen[38] Privatstrafklage ist deshalb auf bestimmte Tatbestände beschränkt. Sie ist nur zulässig bei Injurienklagen, die nicht durch das Mittel der Presse begangen wurden. Ursprünglich wurden

[34] StPO § 1
[35] Vgl. Thormann - v. Overbeck, Allg. Teil, Art. 28, Nr.1
[36] Ludwig S. 357
[37] Heer S. 3
[38] Im Gegensatz zur prinzipalen wird auch eine subsidiäre Privatstrafklage unterschieden, welche aber im zugerischen Recht nicht bekannt ist. Sie besteht darin, daß nach Ablehnung oder Einstellung der Strafverfolgung durch die zuständigen Untersuchungsbehörden der Geschädigte sie auf eigene Faust verlangen und durchführen kann. Vgl. BGE 62 I 58.

diese Ehrverletzungsklagen als reine Zivilklagen oder doch in erster Linie als Zivilklagen betrachtet[39]. So wurden auch im frühern kantonalen Recht die Ehrverletzungen auf dem Wege des Zivilprozesses durchgeführt, wobei das Gericht mit der zivilrechtlichen zugleich auch die strafrechtliche Frage entschied, sofern ein diesbezüglicher Antrag gestellt wurde[40].

Nach heutiger Anschauung steht aber bei den Ehrverletzungen der strafrechtliche Schutz im Vordergrund, während ein allfälliger Genugtuungs- oder Schadenersatzanspruch als Akzessorium zur Strafklage erscheint[41]. Im geltenden Recht ist deshalb das Verfahren bei Ehrverletzungen, welche nicht durch das Mittel der Presse begangen wurden, im Strafprozeß geregelt[42]. Dies ist mit dem strafrechtlichen Charakter der Ehrverletzung einzig vereinbar, schließt aber eine besondere Ausgestaltung als Privatstrafklageverfahren und die analoge Anwendung zivilprozessualer Formen nicht aus[43]. So hat zuerst vor dem Friedensrichter ein Sühneversuch stattzufinden. Die Klage ist darauf beim Strafgerichtspräsidenten einzureichen, der an Stelle des Verhörrichters den Tatbestand abklärt und insbesondere nochmals auf eine Vermittlung zu trachten hat. Auch die Erhebung einer Widerklage ist zulässig. Nach der Überweisung haben die Parteien den Strafanspruch vor dem Richter selbst oder durch einen Bevollmächtigten zu vertreten[44]. Im Gegensatz zum deutschen Strafprozeßrecht, wo der Staatsanwalt berechtigt ist, beim prinzipalen Privatstrafklageverfahren mitzuwirken, oder die Strafverfolgung selbst übernehmen kann[45], besteht diese Möglichkeit hier nicht[46]. Der prinzipale Privatstrafkläger tritt als eigene, selbständige Prozeßpartei an Stelle

[39] Heer S. 9
[40] Unrevidierte KV §§ 56 und 57
[41] Vgl. Oberger. vom 30.3.1931; Rech.Ber. 1928/32 S. 57
[42] StPO §§ 65—68
[43] Hafter; Bes. Teil I, S. 208
[44] Dies gilt aber nicht im Verfahren vor dem Polizeirichter, der auch bei Ehrverletzungen nur auf Grund der Akten urteilt.
[45] Löwe: Komm. § 417 Ziff. 2 und 3 S. 862
[46] OG § 24, Abs. 1; vgl. auch die gleiche Regelung im zürcherischen Strafprozeß; Staub S. 31

des nicht in Funktion tretenden Staatsanwaltes auf[47]. Dadurch unterscheidet er sich einmal vom Antragsteller, der nicht Partei ist und dem bei der Durchführung des Strafverfahrens weiter keine Mitwirkung zukommt, wie auch vom akzessorischen Privatkläger, dessen Partei- und Mitwirkungsrechte sehr beschränkt sind, und der im Hauptverfahren völlig durch den Staatsanwalt verdrängt wird. Aus dieser selbständigen und uneingeschränkten Parteistellung, wie auch aus dem Umstand, daß dem Staatsanwalt bei diesem Verfahren kein Mitwirkungsrecht zukommt, ergibt sich ohne weiteres auch die Legitimation des prinzipalen Privatstrafklägers zur Berufung, trotzdem er in § 71 StPO unter den Berufungsberechtigten nicht erwähnt wird. Auf dieses Recht deutet auch § 68 StPO hin, welcher bestimmt, daß Urteile des Polizeirichters, die eine Veröffentlichung des Urteils anordnen oder trotz Begehren des Klägers verweigern, durch Berufung direkt ans Strafobergericht weitergezogen werden können.

2. Wer als prinzipaler Privatstrafkläger auftreten und seine Rechte geltend machen kann, ist eine Frage des materiellen Strafrechts. Da es sich bei den Ehrverletzungen ausschließlich um Antragsdelikte handelt, ist der Antragsberechtigte notwendig auch der zur Privatstrafklage Berechtigte, da in diesem Falle der Strafantrag gar nicht anders als durch Erhebung und Durchführung einer prinzipalen Privatstrafklage zur Geltung gebracht werden kann. Antragsberechtigt ist regelmäßig der durch die strafbare Handlung Verletzte[48], d. h. der Träger des angegriffenen Rechtsgutes[49], sofern er 18 Jahre alt und urteilsfähig ist. Ist dieser aber nicht handlungsfähig, so ist sein gesetzlicher Vertreter antragsberechtigt, im Falle der Bevormundung auch die Vormundschaftsbehörde. Wenn ein Verletzter stirbt, ohne eine

[47] Bei unentschuldigtem Ausbleiben des Privatklägers wird deshalb nach zürcherischem Recht Rückzug der Klage angenommen (vgl. Sträuli S. 111), welche Lösung auch hier angebracht erscheinen dürfte.
[48] StGB Art. 28
[49] Thormann - v. Overbeck Art. 28 Nr. 8 S. 133

Strafklage erhoben zu haben, so steht dieses Recht seinen Angehörigen zu[50].

II. Vom prinzipalen ist der akzessorische Privatstrafkläger zu unterscheiden, welcher meistens gemeint ist, wenn das Gesetz vom Privatkläger spricht. Als solcher wird angesehen, wer gegen den Angeschuldigten eine Strafklage gestellt hat. Diese unterscheidet sich von der gewöhnlichen Anzeige dadurch, daß damit die Einleitung einer Untersuchung und die Bestrafung des Täters verlangt wird[51]. Sie ist nicht wie die prinzipale Privatstrafklage auf bestimmte Fälle beschränkt, sondern schlechthin unbeschränkt zulässig und kann nicht nur vom Verletzten gestellt werden, sondern von jedem, der an der Verfolgung einer strafbaren Handlung ein Interesse hat. Die Stellung dieses Privatklägers ist hier aber keine prinzipale, sondern nur eine akzessorische, und seine Mitwirkung beim Strafverfahren ist zudem stark beschränkt. Er wird zwar auch als Partei im Strafverfahren anerkannt, diese Parteistellung bezieht sich aber nur auf das Untersuchungsverfahren und geht mit der Überweisung unter[52], bis zu welchem Zeitpunkt auch nur die Klage zulässig ist[53]. Er wird wie ein Zeuge im Untersuchungsverfahren einvernommen und hat die erforderlichen Beweismittel anzugeben, unter Umständen auch seine Klage zu vervollständigen[54]. Im Hauptverfahren wird aber die Vertretung des Strafanspruchs vom Staatsanwalt allein übernommen[55] und es steht dem Privatkläger im Gegensatz zum bernischen Recht[56] nicht zu, zum Strafpunkt

[50] Den soeben erörterten Begriff des prinzipalen Privatstrafklägers versteht auch das Bundesrecht unter dem Privatkläger. Gemäß Art. 270 BStP ist der Privatkläger zur Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes dann befugt, wenn er nach den Vorschriften des kantonalen Rechts allein, ohne Beteiligung des öffentlichen Anklägers, die Anklage vertreten hat.

[51] StPO § 11 und § 6, Abs. 3

[52] StPO § 8; Henggeler S. 62

[53] StPO § 11

[54] StPO § 26, Abs. 1

[55] Komm.Ber. 1940 S. 8

[56] Waiblinger S. 98; Brunschwig S. 40

Anträge zu stellen. Nur, wenn er zugleich Zivilkläger ist, kann er in der Hauptverhandlung zu seiner Schadensforderung Stellung nehmen[57], sonst aber wird er in diesem Stadium des Verfahrens vollständig durch den öffentlichen Ankläger ersetzt und kann keine Parteirechte mehr geltend machen. Dem akzessorischen Privatstrafkläger kommt deshalb im Gegensatz zum prinzipalen auch die Berufungsberechtigung nicht zu. Auch dann nicht, wenn er, wie bereits angeführt wurde, im Falle eines Freispruchs des Angeklagten zur Bezahlung der Kosten und einer Entschädigung an den Freigesprochenen verfällt wird[58].

E. Der Zivilkläger

I. Wer im Anschluß an den Strafprozeß adhäsionsweise eine Schadenersatzforderung geltend macht, wird nach § 11 StPO Zivilkläger genannt. Dies ist immer der Geschädigte, d. h. derjenige, welcher durch die deliktische Handlung einen zivilrechtrechtlichen Anspruch auf Wiedergutmachung des erlittenen Schadens erlangt hat[59]. Da sowohl der prinzipale wie der akzessorische Privatstrafkläger vielfach nicht nur ein Interesse an der Bestrafung des Täters haben, sondern meistens zugleich geschädigt sind, treten auch sie häufig als Zivilkläger auf. Im Gegensatz zur partie civile im französischen Recht, die als strafprozessuale Partei die Wahrung ihrer Zivilinteressen in Formen des Straf-

[57] StPO § 11

[58] Die Parteistellung des akzessorischen Privatstrafklägers ist vom Gesetzgeber nicht konsequent ausgebildet worden. Er ist im Grunde genommen nur ein qualifizierter Anzeiger, hat im wesentlichen nicht mehr Rechte als dieser, dagegen aber vermehrte Pflichten und Risiken. Im Gegensatz zum Anzeiger kann vom Privatkläger die Anhandnahme der Klage unter besondern Umständen von der Leistung einer Kostenkaution abhängig gemacht werden (StPO § 6, Abs. 4). Der Anzeiger ist aber dennoch bei Nichtanhandnahme seiner Anzeige in gleicher Weise zur Beschwerde befugt, wie der Privatkläger bei der Abweisung seiner Klage (StPO § 7 und § 80 Ziff. 3). Das schwyzerische Strafprozeßrecht, das die Privatklage fast genau gleich geregelt hat, ist hierin konsequenter und gewährt das Beschwerderecht in diesem Falle nur dem Privatkläger, nicht auch dem Anzeiger; vgl. § 33 der Schwyzer StPO bei Reichlin S. 246.

[59] Ludwig: S. 347

prozesses verfolgt[60], bleibt der zugerische Zivilkläger entsprechend der Ausgestaltung des Adhäsionsverfahrens nur Zivilpartei und kann als solche zum Strafpunkt keine Stellung nehmen[61], vorausgesetzt, daß er nicht zugleich prinzipaler Privatstrafkläger ist. Der Zivilkläger kann seine Klage bis zum Schluß der Parteiverhandlung vor erster Instanz anbringen[62]. Er ist deshalb im zweitinstanzlichen Verfahren ausgeschlossen, falls er sich nicht schon vor erster Instanz als Zivilkläger konstituiert hat. Hat er seine Klage schon im Untersuchungsstadium angebracht, so wird er zur Hauptverhandlung vorgeladen[63]. Ein Erscheinungszwang kennt das Gesetz aber für ihn nicht. Im Falle seines Ausbleibens wird demgemäß sein Anspruch allein vom Staatsanwalt vertreten[64]. Erscheint er dagegen, so erhält er im Anschluß an den Vortrag des Staatsanwaltes das Wort zu seiner Schadenersatzforderung[65]. Diese Regelung wird von Pfenninger im Bundesstrafprozeß kritisiert, weil damit der Zivilkläger auch Gelegenheit bekomme, sich zum Strafpunkt zu äußern, während ihm nur gestattet sein sollte, nach der Schuldigerklärung seine Schadensforderung geltend zu machen[66]. Die im Gesetz vorgesehene Lösung vereinfacht aber das Verfahren stark, und zudem kann die Schuldfrage von der zivilrechtlichen Haftung oft nicht ganz getrennt werden. Das Äußerungsverbot zum Strafpunkt ist deshalb eher dahin zu interpretieren, daß der Zivilkläger in Bezug auf die Bestrafung des Beschuldigten keine Anträge stellen darf[67].

[60] Matti: Zivilklage S. 26
[61] Komm.Ber. 1940 S. 7
[62] StPO § 11, Abs. 2
[63] Komm.Ber. 1940 S. 12
[64] Vgl. auch diese Regelung im Basler Strafprozeß: Ludwig S. 375
[65] StPO § 45, Abs. 2
[66] SJZ 31 S. 165
[67] Vgl. diesbezüglich auch die Stellung des Privatbeteiligten in der österreichischen Strafprozeßordnung, der zur Schuldfrage als Praemisse seiner Entschädigungsforderung Ausführungen machen kann, sich aber in seinen Schlußanträgen auf seine privatrechtlichen Ansprüche zu beschränken hat: Mitterbacher S. 92.

II. Entsprechend seiner rein zivilprozessualen Parteistellung ist auch das Appellationsrecht des Zivilklägers auf den Zivilpunkt beschränkt, und die Berufung richtet sich, wie bereits beim Zivilpunkt ausgeführt wurde, nach den Grundsätzen des Zivilprozeßrechts. Neben der dort dargestellten selbständigen Berufung sieht § 202 ZPO auch die Anschlußberufung vor, welche insbesondere für den Zivilkläger von Bedeutung ist. Zu dieser ist er immer dann berechtigt, wenn er bezüglich des Zivilpunktes Berufungsbeklagter ist, auch wenn im übrigen für eine zivilprozessuale Berufung die Voraussetzungen für ihn nicht gegeben sind[68]. Berufungsbeklagter ist der Zivilkläger immer dann, wenn entweder das Adhäsionsurteil als Ganzes vom Angeklagten oder vom Staatsanwalt, oder nur der Zivilpunkt allein vom Angeklagten mit der Berufung weitergezogen wird. In diesen Fällen ist er immer befugt, sich der selbständigen Berufung der andern Parteien anzuschließen.

[68] Matti: Zivilprozeßrecht S. 1129

IV. Kapitel

Anfechtungsgründe und richterliche Überprüfungsbefugnis

I. Das erstinztanzliche Urteil hat die Vermutung der Richtigkeit für sich. Eine Nachprüfung desselben von Amtes wegen findet nicht statt. Es bleibt völlig dem Willen der Parteien überlassen, sich mit dem ergangenen Entscheide abzufinden oder denselben mit der Berufung weiterzuziehen. Erst durch die Anfechtung von Seiten einer Partei wird das erstinstanzliche Urteil an die obere Instanz übertragen, und diese zur Prüfung desselben befugt. Die Einleitung des Berufungsverfahrens bedeutet deshalb eine Ausnahme vom sonst im Strafprozeß herrschenden Offizialprinzip und unterliegt den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime[1]. Die Parteien entscheiden somit darüber, ob und in welchem Umfang ein Urteil der oberinstanzlichen Überprüfung unterstellt werden soll. Nur in diesem Rahmen wird die Rechtskraft des ergangenen Urteils suspendiert, und dasselbe an die Berufungsinstanz devolviert. Der Umfang der Anfechtung umschreibt demnach auch die Grenzen der Überprüfungsbefugnis der Berufungsinstanz[2], d. h. nur jene Punkte des Urteils dürfen überprüft werden, die Gegenstand der Anfechtung sind. Um den Anfechtungswillen der Parteien möglichst klar zu ermitteln, wird deshalb auch die Spezialisierung der Berufungserklärung verlangt. Die Pflicht zur Formulierung der Anträge und deren Begründung[3] dient in erster Linie der Zweck-

[1] Probst S. 161
[2] Zurbrügg S. 62
[3] StPO § 71, Abs. 2

bestimmung, den Berufungskläger zu veranlassen, sich zum vorneherein darüber auszusprechen, welche Teile des Urteils er beseitigt haben will, und welche er als richtig anerkennt[4].

Fraglich ist nun aber, wie weit eine Beschränkung der Anfechtung auf einzelne Teile des Urteils möglich und zulässig ist, worüber sich das Gesetz nicht näher ausspricht. Als Grundsatz muß hier gelten, daß eine solche Beschränkung so weit zulässig ist, als der angefochtene Teil des Urteils von dem nicht beanstandeten Teil rechtlich losgelöst und einer selbständigen Überprüfung und Beurteilung unterworfen werden kann[5]. Im einzelnen sind dabei folgende Möglichkeiten zu unterscheiden:

1. Sind durch ein Urteil mehrere Personen wegen eines Deliktes verurteilt worden, wird die Berufung aber nur von einem Verurteilten erklärt, so wird nur diesem gegenüber das Urteil suspendiert, während es für die andern in Rechtskraft erwächst. Der Berufungsrichter ist zur Prüfung und Abänderung des Urteils gegen die übrigen Täter nicht befugt, selbst dann nicht, wenn diese als Gehilfen oder Anstifter des die Berufung erklärenden Haupttäters gehandelt haben, und dieser letztere mangels eines Deliktes freigesprochen werden muß[6]. Dieses im geschilderten Falle höchst unbefriedigende Ergebnis ist eine konsequente Folge des dem Parteiwillen unterstehenden Berufungsrechtes und der Rechtskraftbeschreitung des Urteils. Ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung[7] kann ein solch unerfreuliches und das Rechtsempfinden verletzendes Resultat im Berufungsverfahren nicht behoben werden. Richtigerweise sollte für einen solchen Fall das Rechtsmittel der Revision gegeben sein, wie dies z. B. im Bundesstrafprozeßrecht vorgesehen ist[8].

[4] Schwendener S. 109
[5] Seufert S. 19
[6] Seufert S. 22
[7] Die zürch. StPO sieht im Gegensatz dazu in § 400 ausdrücklich vor, daß das Gericht in einem solchen Falle das Urteil auch zugunsten der übrigen Verurteilten abändern kann. Vgl. Sträuli S. 230.
[8] BStP Art. 229, Ziff. 1, lit. b.

Das Wiederaufnahmeverfahren nach zugerischem Recht kennt aber diesen Revisionsgrund nicht und kann deshalb unter solchen Umständen kaum je zur Anwendung gelangen. Zur Vermeidung von krassen Ungerechtigkeiten dürfte deshalb als letztes Refugium in solchen Fällen wohl einzig noch die in § 92 StPO vorgesehene Begnadigung durch den Kantonsrat Platz greifen[9].

2. In einem Adhäsionsurteil kann die Berufung entweder nur auf den Strafpunkt oder auf den Zivilpunkt allein beschränkt werden. Jeder der beiden Punkte ist grundsätzlich vom andern verschieden und kann selbständig beurteilt werden, was bei der Verweisung der Zivilsache auf den ordentlichen Zivilweg auch häufig geschieht. Die Verbindung dieser verschiedenen Ansprüche im Adhäsionsprozeß geschieht ja nur aus Zweckmäßigkeitsgründen. Diese Möglichkeit der Anfechtungsbeschränkung wird im Gesetz durch die selbständige Regelung der Berufung des Zivilklägers noch speziell hervorgehoben. Das richterliche Prüfungsrecht bleibt deshalb auch hier auf den angefochtenen Zivil- oder Strafpunkt beschränkt, während der unangefochtene Teil in Rechtskraft erwächst.

3. Zuläsig ist eine Beschränkung der Berufung auch auf ein einzelnes Delikt im Falle von Realkonkurrenz zweier oder mehrerer Straftaten, die im gleichen Urteil erledigt werden[10]. Dies ergibt sich daraus, weil die Parteien das gleiche Recht auch bei einer zufällig getrennten Verurteilung hätten[11]. Dabei kann sich

[9] In einem Falle, wo von zwei verurteilten Mittätern der eine die Berufung erklärt hat, für den anderen aber die Möglichkeit zur Ergreifung dieses Rechtsmittels wegen Nichterreichen der Berufungsgrenze nicht bestand, konnte die Gefahr einer verschiedenen Beurteilung dadurch vermieden werden, daß im zweiten Falle an Stelle der Berufung die erklärte Kassationsbeschwerde für zulässig erachtet wurde. Dies konnte gestützt auf § 94 StPO geschehen, da es sich um einen Fall handelte, der noch vor dem 1. Januar 1941 zur Überweisung gelangt war und deshalb gemäß der zit. Bestimmung noch nach den alten Strafprozeßbestimmungen zu beurteilen war; vgl. Oberger. v. 4. April 1944 in Sachen Sp., F. und L.

[10] Seufert S. 23

[11] Probst S. 162

diese Beschränkung aber nur auf die Schuldfrage beziehen, während die Strafzumessung, die gemäß Art. 68 StGB in Konkurrenzfällen nach dem Schärfungsprinzip erfolgt, in solchen Fällen notwendig eine Überprüfung durch die Berufungsinstanz bedingt[12]. Im Falle von Idealkonkurrenz ist eine Beschränkung der Berufung auf einen der mehreren von der gleichen Straftat erfüllten Gesetzestatbestände dagegen überhaupt nicht möglich. Denn hier hat der Richter die mehreren in Betracht kommenden Tatbestände zu einer Einheit, zu einem von ihm zu kombinierenden umfassenden Tatbestand zu verbinden[13], was eine Trennung bzw. eine Beschränkung der Anfechtung auf einzelne Gesetzestatbestände ausschließt.

4. Umstritten in Theorie und Praxis ist die Frage der Zulässigkeit einer Beschränkung der Anfechtung auf die einzelnen Teile des Urteils im Strafpunkt, insbesondere die Möglichkeit einer Beschränkung nur auf die Strafzumessung ohne gleichzeitige Prüfung der Schuldfrage[14]. Das heutige Recht kennt im Gegensatz zu frühern Entwürfen hierüber keine nähere Regelung. In § 75 des Entwurfes von 1874 war ausdrücklich die Bestimmung enthalten, daß im Falle der Beschränkung der Berufung auf das Strafmaß sich die obergerichtliche Überprüfung und Beurteilung nur auf diesen Gegenstand beziehen dürfe. Richtiger scheint aber prinzipiell die Auffassung, wonach das Strafmaß und die Schuldfrage sich bezüglich der Anfechtung nicht absolut trennen lassen, und deshalb mit der Überprüfung des einen Punktes auch die des andern damit verbunden ist[15]. Wenn deshalb der oberinstanzliche Richter bei der Prüfung einer nur auf das Strafmaß beschränkten Berufung zur Überzeugung gelangt, daß überhaupt kein Delikt oder kein Verschulden vorliegt, so muß ihm in diesem Falle das Recht eingeräumt werden,

[12] Vgl. in dieser Hinsicht die in Bezug auf die analoge Frage der Appellabilität bestehende bernische Praxis; Waiblinger S. 431.
[13] Vgl. Hafter: Allg. Teil S. 376
[14] Vgl. darüber Huber S. 49 ff.
[15] Von Kries: Rechtsmittel S. 100 ff.; Probst S. 163

auch den Schuldspruch abzuändern und den Beschuldigten freizusprechen. Dies dürfte auch der Standpunkt der zugerischen Praxis sein. So wurde beispielsweise in einem Falle, in welchem das Berufungsbegehren einzig um die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ging, ausgeführt, daß sich das Gericht hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des Tatbestandes und des Strafmaßes der Auffassung der Vorinstanz anschließen könne, weshalb nur noch das gestellte Begehren einer nähern Prüfung und Beurteilung zu unterziehen sei[16]. Aus dieser Formulierung muß geschlossen werden, daß die Berufungsinstanz sich an die vorinstanzliche Beurteilung der erwähnten Punkte nicht gebunden fühlte, sondern daß sie dieselbe nach eigenem Gutdünken und Ermessen gebilligt hat.

II. Während die Berufungsinstanz in Bezug auf den gegenständlichen Umfang ihres Überprüfungsrechtes auf die durch den Anfechtungswillen der Parteien bestimmten Punkte beschränkt ist, ist sie dagegen in diesem Rahmen inhaltlich in der Überprüfung und Würdigung der angefochtenen Punkte an keine Schranken gebunden. Die Berufungserklärung der Parteien bestimmt lediglich den Gegenstand der Anfechtung. Soweit aber eine Devolution dieses Gegenstandes an die obere Instanz erfolgt, ist diese eine vollständige, und das richterliche Überprüfungsrecht hiebei seinem Inhalt nach vom Parteiwillen unabhängig. Es gilt hier wieder die Offizialmaxime, und der Richter hat ohne Rücksicht auf die gestellten Anträge und unabhängig von den Feststellungen der Vorinstanz von Amtes wegen die materielle Wahrheit zu prüfen[17]. Dies wird im Gesetz dahin umschrieben, daß die Berufungsinstanz nach freiem Ermessen urteile und weder an die Anträge des Staatsanwaltes, noch an das Urteil der ersten Instanz gebunden sei[18]. Ebensowenig ist sie aber auch an die Begehren der übrigen Parteien gebunden,

[16] Oberger. vom 16. Januar 1945 i. S. B.
[17] Vgl. Probst S. 167
[18] StPO § 75, Abs. 2

wobei aber zu beachten ist, daß dieser Grundsatz im Zivilpunkt notwendig eine Ausnahme erleidet. Hier gilt wie im Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime und das Dispositionsprinzip[19], wobei der Richter bezüglich der geltend gemachten Ansprüche nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen darf und an das, was zugestanden oder anerkannt wird, gebunden ist. Die Offizialmaxime wird somit auf diesem Gebiete durch den Parteiwillen verdrängt. Dieser Grundsatz dürfte auch dann gelten, wenn es sich um die Zusprechung von Parteikosten oder einer Entschädigung des Staates an den Angeklagten handelt[20]. Im einzelnen ist über den Inhalt der richterlichen Überprüfungsbefugnis noch folgendes näher auszuführen.

1. Die Überprüfungsbefugnis bezieht sich auf alle Anfechtungsgründe, die mit der Berufung geltend gemacht werden. Diese letztere ist aber ein unbeschränktes Rechtsmittel, mit dem alle Mängel des Verfahrens und des Urteils gerügt werden können, sodaß dort, wo diese möglich ist, kein anderes Rechtsmittel zugelassen wird[21]. Die Anfechtung mit der Berufung kann demnach nach drei Richtungen erfolgen. Sie kann sich beziehen auf die tatbeständlichen Feststellungen des Urteils und diese als unrichtig rügen. Ferner kann sie in rechtlicher Hinsicht die juristische Qualifikation der beurteilten Handlung bemängeln, und drittens kann sie sich auch beschweren wegen Verletzung prozessualer Grundsätze und Verfahrungsvorschriften[22], in welchem Falle der Berufung eine kassatorische Funktion zukommt.

Der oberinstanzlichen Überprüfung unterliegt deshalb das erstinstanzliche Urteil sowohl in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht, wie auch in Bezug auf die Beachtung der Prozeßvorschriften. Der Berufungsrichter ist an die tatsächlichen Feststellungen des Urteils nicht gebunden. Seine Tätigkeit erschöpft sich nicht in der Nachprüfung darüber, ob die erste Instanz auf

[19] ZPO §§ 53 und 54
[20] Probst S. 167
[21] StPO § 70, Abs. 2
[22] Von Kries: Rechtsmittel S. 87

Grund des ihr vorliegenden Tatbestandes richtig entschieden habe, sondern er hat vielmehr den zu beurteilenden Tatbestand durch eigene Prüfung festzustellen und ist befugt, den erstinstanzlichen Prozeßstoff, wenn nötig, zu vervollständigen. Dies kann geschehen durch Ergänzung der Untersuchung durch den Verhörrichter, durch die Einvernahme von Zeugen oder Sachverständigen vor Gericht oder durch die Durchführung eines Augenscheins oder einer Oberexpertise[23]. Dabei hat sich aber die Ergänzung der Untersuchung im Rahmen des von der Vorinstanz beurteilten Straftatbestandes zu halten. Sie darf sich nicht auf einen neuen Anklagepunkt beziehen, der nicht Gegenstand der vorinstanzlichen Prüfung und Beurteilung war, da dadurch der Grundsatz von der Einhaltung des Instanzenzuges verletzt würde[24]. Neben dem Tatbestand ist der Richter in seinem Prüfungsrecht auch nicht an die rechtliche Qualifikation der Vorinstanz gebunden. Er kann vielmehr auch in diesem Punkte frei prüfen, ob der Tatbestand richtig unter das Gesetz subsumiert worden ist, oder ob dieses eventuell unrichtig angewendet wurde. Ferner ist die Möglichkeit, auch den Gang des Verfahrens einer Prüfung zu unterziehen, beim Fehlen einer Kassationsbeschwerde von besonderer Bedeutung.

Die Tätigkeit des Berufungsrichters ist dem Wesen der Berufung gemäß in erster Linie eine reformierende, wobei das angefochtene Urteil durch ein neues zu ersetzen ist. Wenn immer möglich hat er deshalb in der Sache selbst zu entscheiden, was bei Mängeln tatbeständlicher und rechtlicher Natur infolge seiner Überprüfungs- und Ergänzungsbefugnisse wohl immer der Fall sein dürfte. Bei verfahrensrechtlichenFehlern kann es dagegen vorkommen, daß das Urteil kassiert und an die Vorinstanz zur Neubehandlung und Beurteilung zurückgewiesen werden muß. Dies ist immer dann der Fall, wenn diese Fehler durch die Berufungsinstanz nicht behoben werden können, oder eine Ver-

[23] StPO § 74
[24] Helié VI, Nr. 3027 S. 794; OG § 51

besserung derselben einer Nachholung des erstinstanzlichen Verfahrens gleichkommen müßte[25].

2. Die Bestimmung, wonach der Berufungsrichter nicht an die Anträge der Parteien und das Urteil der ersten Instanz gebunden ist und nach freiem Ermessen urteilen kann, wirft die Frage auf, wie es demnach mit dem Verbot der Reformatio in peius bestellt ist. Unter diesem ist eine Beschränkung der richterlichen Entscheidungsbefugnis zugunsten des Verurteilten zu verstehen, und zwar in dem Sinne, daß das Urteil nicht zu seinem Nachteil abgeändert werden darf, falls er allein die Berufung erklärt hat[26]. Dieser sowohl im deutschen wie auch in den schweizerischen Prozeßrechten ziemlich allgemein verbreitete Grundsatz entspringt einem Gebot der Billigkeit und soll dem Verurteilten erlauben, sich der Anfechtung eines Urteils bedienen zu können, ohne hiebei durch das von ihm veranlaßte Verfahren einen ungünstigeren Entscheid befürchten zu müssen[27]. Während im alten Strafprozeßrecht das Verbot der Reformatio in peius ausdrücklich enthalten war[28], kennt das neue Recht eine derartige Bestimmung nicht mehr. Es frägt sich deshalb, was der Wille des Gesetzgebers war, ob man diese Beschränkung der richterlichen Entscheidungsbefugnis zugunsten des völlig freien Ermessens beseitigen wollte, oder ob man dieses Verbot als allgemein gültiges, mit dem Rechtsmittel schlechthin verknüpftes Prinzip voraussetzte[29] und deshalb seine Verankerung im Gesetz nicht für notwendig erachtete. Die Gesetzesmaterialien schweigen sich über diese Frage aus, woraus ersichtlich ist, daß

[25] Plank S. 568 ff.
[26] Probst S. 212
[27] Glaser Bd. I, S. 16; Schwendener S. 125
[28] Vgl. Überg. V. § 20, Abs. 5: „Wenn bloß der Verurteilte die Appellation ergriffen hat, so kann das erstinstanzliche Strafurteil nicht verschärft werden, es wäre denn, daß sich infolge der Aktenvervollständigung neue erschwerende Umstände gegen ihn ergeben hätten. — Hildebrand III, S. 412.
[29] Vgl. die diesbezügliche Praxis des Basler Appellationsgerichtes. Lüssy S. 69/70

der Gesetzgeber sich mit diesem Problem gar nicht befaßt hat. Wie bei vielen andern im Gesetz nicht geregelten Fragen, muß deshalb auch dieser Punkt durch die Praxis entschieden werden. Ein prinzipieller Entscheid für oder gegen die Anwendung dieses Verbotes der Reformatio in peius wurde bisher nicht gefällt. Dagegen ist nach der neuen Gerichtspraxis kein Fall bekannt, wo die Berufungsinstanz bei einer vom Verurteilten allein erklärten Berufung zu einer Verschärfung des erstinstanzlichen Urteils gelangt wäre. Dies berechtigt zur Annahme, daß trotz des im Gesetz statuierten freien Ermessens nach der herrschenden Meinung der Grundsatz des Verbotes der Reformatio in peius als ungeschriebener, allgemein gültiger Rechtsatz auch nach dem neuen Recht weiterhin Geltung hat. Diese Praxis erscheint auch durchaus berechtigt, denn es wäre sonst gar nicht zu erklären, weshalb man bei der Neuregelung des Strafprozeßrechtes von diesem sonst in den schweizerischen Rechten fast ausnahmslos geltenden und auch im alten zugerischen Recht enthaltenen Grundsatz abweichen sollte, ohne diese Änderung im Gesetz oder wenigstens in den Gesetzesmaterialien näher zu begründen. Auch das Bundesgericht hat sich bei der Nichtigkeitsbeschwerde in Bundesstrafsachen zugunsten einer extensiven Interpretation dieses Verbotes ausgesprochen, indem es den in Art. 227 BStP nur beim Verfahren gegen Urteile des Bundesstrafgerichtes enthaltenen Grundsatz auch in Verfahren gegen kantonale Entscheidungen für anwendbar erklärt hat[30].

[30] BGE 70 IV 222

V. Kapitel

Die Einlegung der Berufung und ihre Wirkungen

Zur Einlegung der Berufung bedarf es bestimmter Rechtshandlungen, und müssen gewisse Formalitäten beachtet werden. Damit die Berufung rechtsgültig wird, muß die Berufungserklärung am richtigen Ort, binnen der gesetzlichen Frist und in der vorgeschriebenen Form eingelegt werden.

A. Ort und Frist zur Einlegung

I. Unter dem Orte, wo die Berufung eingelegt werden muß, ist die Behörde zu verstehen, welcher gegenüber die Berufungserklärung abzugeben ist. Dies hat beim erkennenden Richter oder Gerichte zu geschehen, also beim judex a quo, und nicht bei der Berufungsinstanz[1]. Dadurch soll die Ergreifung des Rechtsmittels erleichtert werden, welcher Regelung aber im Kanton Zug nicht die gleiche Bedeutung zukommt, wie in größern Kantonen mit verschiedenen Bezirken, wo sich die Einlegung beim judex ad quem bedeutend schwieriger gestalten würde[2]. Der Vorteil wirkt sich aber insbesondere in Verbindung mit der Möglichkeit der mündlichen Berufungserklärung aus, welche demgemäß unmittelbar nach der Urteilsverkündung dem urteilenden Gerichte gegenüber abgegeben werden kann. Daneben kann die Berufung in allen Fällen auch auf der Gerichtskanzlei eingelegt werden, was in der Praxis auch meistens geschieht.

[1] StPO § 71, Abs. 1
[2] Huber S. 64

Eine irrtümlich an eine falsche Behörde gerichtete Eingabe wird von Amtes wegen an die zuständige Amtsstelle weitergeleitet. Dabei gilt diese schon in jenem Zeitpunkt am richtigen Ort als eingegangen, in welchem sie bei der falschen Adresse angelangt ist oder für diese der Post übergeben wurde[3]. Es muß sich dabei aber um eine versehentliche Falschadressierung handeln, während einem falschen Rechtsmittel oder einer aus Unkenntnis des Rechtsweges an die unrichtigen Behörden gerichteten Eingabe diese Rechtswirkung nicht zukommt[4]. Diese Gesetzesinterpretation mag etwas eng erscheinen, wir finden diese Lösung aber auch in andern Kantonen. So kommt nach bernischer Praxis der Wahl eines falschen Rechtsmittels die genannte Rechtswirkung nicht zu[5] und auch die zürcherische Praxis verlangt, daß für diese Wirkung das gewollte Rechtsmittel mindestens der Form nach richtig abgefaßt sein muß[6].

II. Die rechtsgültige Berufung hat innert der vom Gesetz vorgeschriebenen Frist zu erfolgen.

1. Nach § 71 StPO ist die Berufung binnen 5 Tagen seit Eröffnung des Urteils zu erklären und innert 10 Tagen seit Zustellung des ausgefertigten Entscheides durch Formulierung der Anträge und deren Begründung zu ergänzen. Diese Vorschrift bedingt eine verschiedene Regelung der Appellationsfrist, je nachdem es sich um Urteile der niedern oder der höhern Gerichtsbarkeit handelt. Da bei der niedern Strafrechtspflege die Urteile ohne Verhandlung auf Grund der Akten ergehen, und deshalb hier keine mündliche Eröffnung, sondern immer nur eine schriftliche Zustellung des Urteils stattfindet, ist es logisch, daß die 5-tägige Frist zur Anmeldung der Berufung hier wegfällt und demgemäß nur die 10-tägige Frist nach der Urteilszustellung in Frage kommt, innert welcher die Berufung nicht

[3] OG § 93
[4] Oberger. vom 9.5.44 i. S. B/E: Rech.Ber. 1943/44 S. 85
[5] Vgl. Waiblinger: Art. 298, Nr. 4, S. 419
[6] Vgl. Sträuli § 401, Nr. 1, S. 231

nur zu erklären, sondern zugleich auch zu begründen ist. In diesem Sinne lautet auch ausdrücklich die Bestimmung des § 31 OG, woran auch die Praxis festhält[7].

Anders verhält es sich dagegen bei der Berufung gegen Urteile des Strafgerichtes, wo gemäß dem Prinzip der Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens auch die Urteilsverkündung mündlich und öffentlich zu erfolgen hat[8]. In diesem Falle muß die Berufung bereits innert 5 Tagen angemeldet werden, wobei die Begründung und Antragstellung aber erst innert 10 Tagen nach der schriftlichen Zustellung des Urteils zu erfolgen hat.

Ausnahmsweise kann nun auch bei diesen Urteilen der höhern Strafrechtspflege die öffentliche Urteilsverkündung wegfallen. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Urteilsberatung zu lange hinzieht, und dadurch die Anberaumung einer besondern Gerichtssitzung notwendig wird. Einen besondern Publikationstermin kennt das Gesetz in diesem Falle nicht. Konsequenterweise sollte deshalb auch in solchen Fällen, wie bei der niedern Strafrechtspflege, nur die 10-tägige Berufungsfrist nach der Zustellung des schriftlichen Urteils in Frage kommen. Das Obergericht hat sich aber im Gegensatz zu dieser Auffassung dahin ausgesprochen, daß auch im Falle einer nur schriftlich erfolgten Urteilsmitteilung die 5 tägige Frist zur Anmeldung der Berufung zu beachten sei, und die Ergänzung und Begründung derselben innert weitern 5 Tagen zu erfolgen habe[9]. Durch diese Interpretation dürfte aber der Zweck der gesetzlichen Regelung völlig verkannt werden. Die schon innert 5 Tagen seit der Urteilseröffnung abzugebende Berufungserklärung hat wohl in erster Linie den Sinn, den Richter möglichst bald über die Einlegung oder Unterlassung des Rechtsmittels zu orientieren, damit diesem

[7] Vgl. z. B. Strafgericht vom 9.4.1943 i. S. K;
Strafgericht vom 26.1.1945 i. S. K.;
Strafgericht vom 20.5.1944 i. S. K.
[8] KV § 59; OG § 69, Abs. 2 und § 70
[9] Obergericht vom 29.6.1943

Umstande bei der Ausarbeitung des Urteils oder des Gerichtsprotokolls entsprechend Rechnung getragen werden kann. Bei der Berufung gegen ein schriftliches Urteil fehlt aber dieser Zweck. Die innert 10 Tagen zu erklärende und zu begründende Berufung sollte hier vollauf genügen, während das Verlangen der Berufungserklärung bereits innert 5 Tagen und deren ergänzenden Begründung innert weitern 5 Tagen in diesem Falle eher als unbegründeter Formalismus erscheinen dürfte[10].

2. Der Fristenbeginn läuft von der schriftlichen Zustellung oder der mündlichen Eröffnung des Urteils an[11]. Die mündliche Eröffnung wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Nicht richtig dürfte aber die Auffassung des Obergerichts sein, wonach auch eine telefonische Mitteilung des gefällten Urteils an den Verteidiger und den Staatsanwalt als rechtsgültige Urteilseröffnung zu betrachten ist, und eine darauf gestützte Berufung als zu recht erfolgt angesehen wird[12]. Die Urteilsverkündung ist vielmehr ein Teil der Hauptverhandlung und hat in Anwesenheit der daran beteiligten Personen vor Gericht zu erfolgen, damit die Richtigkeit der Eröffnung garantiert sei, und Irrtümer ausgeschlossen werden[13].

Der Tag der Urteilseröffnung oder der schriftlichen Bekanntgabe wird bei der Berechnung der Frist nicht mitgezählt. Läuft dieselbe an einem Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag ab, so wird sie um den nachfolgenden Werktag verlängert. Am letzten Tag muß die Eingabe bis abends 6 Uhr gemacht sein; eine schriftliche Zustellung muß bis zu diesem Zeitpunkt der

[10] Eine weitere Wirkung der in diesem Fall innert 5 Tagen zu erklärenden Berufung liegt auch darin, daß dadurch über den Eintritt der Rechtskraft des Urteils rascher Klarheit geschaffen wird. Doch ist wegen des kleinen Unterschiedes von 5 Tagen diese Wirkung nicht von allzu großer Bedeutung, und es dürfte dieser Gesichtspunkt für die Stellungnahme des Obergerichts kaum von maßgebendem Einfluß gewesen sein.

[11] OG § 78, Abs. 2

[12] Obergericht vom 9.6.1942 i. S. R.

[13] Vgl. Gerland S. 383

Post oder dem Telegraphenamt übergeben sein[14]. Eine Unterbrechung oder Verlängerung der Berufungsfrist wegen Gerichtsferien findet nicht statt, da dieselben auf das Strafverfahren ohne Einfluß sind[15].

3. Die Berufungsfrist ist eine gesetzliche Frist und kann deshalb nur ganz ausnahmsweise beim Eintreten des Todes oder der Handlungsunfähigkeit einer Partei erstreckt werden[16]. Bei Versäumung der Frist gilt die Berufungserklärung als dahingefallen, und zwar auch dann, wenn die 5-tägige Frist zur Abgabe der Berufung eingehalten ist, nicht aber die weitere Frist von 10 Tagen zu deren ergänzenden Begründung[17]. Die verspätet eingereichte oder ergänzte Berufung wird in analoger Anwendung der diesfälligen Bestimmung im Zivilprozeß[18] ohne Parteiverhandlung durch Präsidialverfügung zurückgewiesen[19]. Um einer Fristversäumung vorzubeugen und die Parteien darauf aufmerksam zu machen, muß die Berufungsfrist im Urteil erwähnt sein[20] und wird sie regelmäßig auch bei der mündlichen Eröffnung bekanntgegeben. Dieser Vorschrift kommt aber nur Ordnungscharakter zu, und dieser Hinweis auf die Berufungsfrist bildet kein Gültigkeitserfordernis für das Urteil[21]. Konsequenterweise sollte aber bei einer Fristverpassung wegen Fehlens dieses gesetzlichen Erfordernisses die Wiederherstellung gegen die Säumnisfolgen gewährt werden. Eine solche restitutio ist aber nach dem Gesetz nur möglich, wenn die Versäumnis

[14] OG § 92
[15] OG § 67, Abs. 4
[16] OG § 90, Abs. 1
[17] StPO § 71, Abs. 2; Strafgericht vom 17.6.1942 i. S. Z.
[18] ZPO § 203, Abs. 1
[19] Obergericht vom 15.12.1942; Rech.Ber. 1941/42 S. 84/85. Strafgericht vom 16.4.1943. Vgl. auch die gleiche Bestimmung in der zürcherischen StPO, wobei aber für den Berufungskläger die Möglichkeit besteht, innert 5 Tagen von der Mitteilung an die Berufung beim Obergericht einzureichen, welches nach Prüfung der Akten darauf über die Zulässigkeit entscheidet. (§ 416; Sträuli S. 242.)
[20] OG § 79, Ziff. 6
[21] Obergericht vom 9.3.1942 i. S. R.

infolge höherer Gewalt eingetreten ist[22], welche Bestimmung weder glücklich gewählt, noch von praktischer Bedeutung sein dürfte. Auch die weiter mit Einwilligung der Gegenpartei noch ermöglichte Wiederherstellung kann im Strafprozeß infolge der herrschenden Offizialmaxime nicht in Frage kommen[23]. Es ist deshalb zu erwarten, daß die Praxis noch diese gesetzliche Lücke im gewünschten Sinne ausfüllen wird.

B. Die Form der Berufungserklärung

I. Die Anmeldung der Berufung innert 5 Tagen seit der mündlichen Eröffnung oder der schriftlichen Zustellung des Urteils ist an keine besondere Form gebunden. Sie kann sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen und wird zu Protokoll genommen[24]. Als einziges Erfordernis muß verlangt werden, daß aus der Erklärung der Wille hervorgehe, sich mit dem erstinstanzlichen Urteil nicht zufrieden zu geben und dasselbe an eine höhere Instanz weiterziehen zu wollen[25]. Demnach dürfte auch eine telefonische Berufungserklärung als rechtsgültig erachtet werden[26], insbesondere im Hinblick darauf, daß diese noch schriftlich ergänzt werden muß. Die mündliche Berufungserklärung erfolgt meistens unmittelbar auf die Urteilsverkündung vor Gericht, sie kann aber auch später stattfinden.

Eine bedingte Appellationserklärung ist als unzulässig zu betrachten, da die Frage über den Eintritt oder Nichteintritt der Rechtskraft des Urteils eine unzweideutige Entscheidung verlangt. Ebenso kann die Berufung nicht schon vor der Urteils-

[22] OG § 90, Abs. 2

[23] Welche Instanz eine allfällige Wiederherstellung verfügen soll, wird im Gesetz nicht bestimmt. Richtigerweise soll dies aber durch die Berufungsinstanz und nicht durch die Vorinstanz geschehen. Vgl. Hagenbüchle S. 35.

[24] StPO § 71, Abs. 1; § 72, Abs. 1

[25] Waiblinger S. 417

[26] Vgl. Probst Anmerkung Nr. 276 S. 141. — Anders dagegen die solothurnische Praxis: vgl. Brügger S. 46

fällung rechtsgültig erklärt werden, weil dies dem Wesen des Rechtsmittels widersprechen würde[27].

II. Im Gegensatz zu dieser formlosen Anmeldung der Berufung hat ihre Ergänzung schriftlich und im Doppel zu erfolgen und die Formulierung der Anträge und deren Begründung zu enthalten[28]. Dies gilt logischerweise auch für die Berufung gegen Urteile der niedern Strafrechtspflege, wo wegen Fehlens einer mündlichen Eröffnung keine Anmeldung innert 5 Tagen zu erfolgen hat. Während nach altem Recht und Praxis ohne jeden Antrag und ohne Begründung die Berufung erklärt werden konnte, soll durch diese gesetzliche Neuerung dem Richter das Studium der Akten erleichtert werden[29]. Sie ist aber, wie bereits im vorangehenden Kapitel ausgeführt wurde, ebensosehr von Bedeutung für den Umfang der Anfechtung und damit auch für die Abgrenzung des richterlichen Überprüfungsrechts.

1. Der Antrag soll sich darüber äußern, welche Punkte des Urteils angefochten werden, inwiefern diese Anfechtung erfolgt, und wie anders zu entscheiden sei. Beschränkt sich die Berufungserklärung nicht auf einzelne Teile des Urteils, oder bestehen Zweifel über deren Umfang, so richtet sie sich grundsätzlich gegen das ganze Urteil[30]. Als genügend erachtet wird nach der Praxis eine Berufungserklärung schon dann, wenn aus ihr hervorgeht, daß der Verurteilte eine Beurteilung des Falles durch die zweite Instanz verlangt und entweder eine Freisprechung oder wenigstens eine Milderung der ausgefällten Strafe beantragt[31]. Der Antrag muß auch nicht unbedingt direkt lauten, sondern es genügt, wenn aus ihm nur indirekt der Anfechtungswille erkennbar ist. So wurde in einem Falle der Hinweis des Staatsanwaltes auf seine vor erster Instanz vorgebrachten An-

[27] Probst S. 144
[28] StPO § 71, Abs. 2
[29] Kommissionsbericht 1940 S. 15
[30] Probst S. 143; Burgener S. 68
[31] Strafger. v. 26.5.43 i. S. B.; Rech.Ber. 1943/44 S. 77

träge als zulässig angesehen[32]. Im gleichen Urteil wurde auch die Begründung dieses Antrages, die sich darin erschöpfte, die Urteilsmotivierung der ersten Instanz als unzutreffend zu bezeichnen, als rechtsgenügend betrachtet. Dies dürfte wohl etwas zu weit gegangen sein, da die Behauptung, eine Urteilsbegründung sei falsch, eben nur eine Behauptung und noch keine Begründung darstellt. Es wurde denn auch vom Richter diese Art der Begründung als höchst summarisch bezeichnet. Man suchte die Zulässigkeit derselben aber einmal durch den Hinweis zu rechtfertigen, daß das Gesetz diesbezüglich keine Minimalforderungen aufgestellt habe. Ferner wolle diese Erklärung des Staatsanwaltes nicht besagen, die ganze erstinstanzliche Urteilsmotivierung sei unzutreffend, sondern dies nur insoweit, als sie von seiner Begründung im Strafantrage abgewichen sei. Wenn auch diese Argumentation etwas gesucht erscheint, so ergibt sich doch daraus, daß auch bezüglich der Begründung des Berufungsantrages auf die vor erster Instanz vorgebrachten Argumente verwiesen werden kann, sofern das Zurückgreifen auf diese die Anfechtung der erstinstanzlichen Urteilsmotivierung als diskutabel erscheinen läßt. Ob im übrigen aber die Begründung der Anträge überzeugend oder gar richtig sei, spielt für die Gültigkeit der Berufungserklärung keine Rolle[33], da diese Frage erst bei der materiellen Behandlung des Falles zu prüfen ist.

2. Gemäß § 71, Abs. 2 StPO bedingt die Nichtbeachtung der Antragstellung und der Begründung, wie bei der Fristversäumung, das Dahinfallen der Berufungserklärung. Es handelt sich bei diesen gesetzlichen Erfordernissen somit nicht um ergänzende Vorschriften, sondern um einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsmittels, der eine Voraussetzung für die Gültigkeit der Berufungserklärung bildet[34]. Dieser strenge Formalismus wirkt etwas befremdend und ist eigentlich mit dem Geist und der Natur der Berufung im Strafprozeß nicht recht vereinbar. Da

[32] Vgl. Oberger. vom 17.7.1945 i. S. O.
[33] Strafger. vom 20.5.1944 i. S. K.
[34] Strafger. vom 26.1.1945 i. S. K.

die Ergreifung dieses Rechtsmittels in erster Linie der Erbringung der materiellen Wahrheit dient, welches Ziel ebensosehr im Interesse der Allgemeinheit wie in dem der Parteien liegt, sollte diese nicht zu streng an erschwerende Formalitäten gebunden sein[35]. Jedenfalls berührt es merkwürdig, daß die entsprechende Regelung im Zivilprozeßrecht eine solche Sanktion nicht kennt[36]. Nach der Praxis kommt der dort vorgeschriebenen Spezifikation der Berufungserklärung vielmehr nur Ordnungscharakter zu, und sind eventuelle Mängel durch prozeßleitende Verfügungen zu beheben[37]. Diese Regelung wäre sicher auch im Strafprozeß, und hier in erster Linie, angebracht gewesen.

Die Praxis hält sich in der Regel streng an die gesetzliche Bestimmung, indem auf Berufungserklärungen ohne Antrag oder ohne Begründung nicht eingetreten wird[38]. Eine Ausnahme wird bei einer mangelhaften Eingabe aber dann gemacht, wenn sie wenigstens alle die im angefochtenen Urteilsdispositiv aufgeführten Erfordernisse erfüllt. So wurde auf eine Berufung, die keinen Antrag, sondern nur einen Anfechtungsgrund enthielt, trotzdem eingetreten, weil im Urteilsdispositiv nur eine schriftliche, begründete und im Doppel einzureichende Berufungserklärung verlangt worden war, und der Einleger alle diese Erfordernisse erfüllt hatte[39]. In einem solchen Falle sind die vorhandenen Mängel nachträglich verbessern zu lassen. Da beim Vorliegen von Formfehlern die Gültigkeit der Berufungserklärung nicht immer so einfach abzuklären ist wie bei der Fristversäumnis, so erfolgt die Prüfung dieser Frage in der Praxis durch das Gesamtgericht[40]. Dies dürfte zweckmäßiger sein, als diese Entscheidung dem Präsidenten zu überlassen.

[35] Probst S. 144
[36] Vgl. ZPO § 201
[37] Oberger. vom 22.4.1941 i. S. B./L.; Rech.Ber. 1941/42 S. 78
[38] Vgl. Oberger. vom 26.5.1942 i. S. R.
Strafger. vom 6.7.1942 i. S. K.
Strafger. vom 16.4.1943
Strafger. vom 26.1.1945 i. S. K.
[39] Strafger. vom 20.5.1944 i. S. K.; Rech.Ber. 1943/44 S. 77
[40] Strafger. vom 15.5.1943 i. S. L.; Rech.Ber. 1943/44 S. 78

C. Die Wirkungen der Berufungserklärung

I. Der Suspensiveffekt.

1. Durch die Einlegung der Berufung wird die Rechtskraft des Urteils gehemmt[41]. Dies bedeutet, daß seine Vollstreckbarkeit bis zum Abschluß des Berufungsverfahrens aufgeschoben wird, weshalb man von der aufschiebenden oder der Suspensivwirkung der Berufung spricht. Diese Wirkung kommt auch der Berufungsfrist bis zu ihrem Ablauf zu[42], d. h. ein berufungsfähiges Urteil wird erst mit dem unbenützten Ablauf der Berufungsfrist rechtskräftig, wobei aber die Rechtskraft in diesem Falle rückwirkend auf den Zeitpunkt der Urteilseröffnung eintritt[43]. Diese Rückwirkung der Rechtskraft ist weniger von Bedeutung für die Vollstreckung des Urteils, mit welcher normalerweise ohnehin erst nach Ablauf der Berufungsfrist begonnen werden kann, als vielmehr für den Beginn von Fristen, welche vom Eintritt der Rechtskraft an zu laufen beginnen. Solche Fristen spielen zwar allerdings auf dem Gebiete des Strafprozesses und des Strafrechts nicht die gleiche Rolle, wie im Zivilrecht und Zivilprozeß[44]. Als Beispiele lassen sich aber nennen die Bewährungsfrist im Falle des bedingten Strafvollzuges[45] und die 10-jährige absolute Frist, innert welcher die Wiederaufnahme des Verfahrens noch zulässig ist[46]. Erfolgt innert der Berufungsfrist eine formgerechte Berufungserklärung, so tritt die Rechtskraft erst mit dem rechtskräftigen zweitinstanzlichen Urteil ein, und die Vollstreckung bleibt bis zu diesem Zeitpunkt suspendiert. Diese Suspensivwirkung gilt im Umfange der Urteilsanfechtung unbeschränkt, während nach früherem Recht die Urteilsvollstreckung insoweit zulässig war, als der Verurteilte

[41] StPO § 70, Abs. 2
[42] Probst S. 155
[43] OG § 85
[44] Leuch: Zivilprozeßordnung S. 279
[45] StGB Art. 41
[46] StPO § 77

freiwillig seine Zustimmung dazu gab[47]. Wird aber nicht gegen das ganze Urteil, sondern nur gegen Teile desselben appelliert, so tritt für die unangefochtenen Punkte die aufschiebende Wirkung nicht ein. Diese letztern werden rechtskräftig, soweit sie nicht für den angefochtenen Teil präjudiziert sind[48]. So kann beispielsweise in einem Adhäsionsurteil der nicht angefochtene Zivilpunkt vollstreckt werden, obgleich im Strafpunkt die Berufung eingelegt wurde, oder im Falle der Aburteilung mehrerer Delikte wird der Entscheid über die nicht angefochtenen Straftaten für sich rechtskräftig und vollstreckbar.

Kein Suspensiveffekt kommt einer nicht fristgemäß oder nicht formgerecht eingereichten Berufungserklärung zu, da in diesem Falle die Berufung als nicht eingelegt zu betrachten ist[49], und einer ungültigen Erklärung keine Rechtswirkung zukommen kann. Auch aus dem Umstande, daß erst die Berufungsinstanz, beziehungsweise deren Präsident über die Gültigkeit der erfolgten Berufung zu befinden hat, muß nicht auf eine Suspensivwirkung geschlossen werden[50]. Vielmehr ist auch hier wie beim unbenützten Ablauf der Berufungsfrist die Rechtskraft mit Rückwirkung ab Urteilseröffnung anzunehmen, und nicht erst mit Wirkung ab Erlaß des Nichteintretensentscheides, durch den die Berufung als ungültig oder als dahingefallen erklärt wird. Dies hat z. B. zur Folge, daß in einem solchen Falle einer zwischen der Urteilseröffnung und dem Nichteintretensentscheid eingetretenen absoluten Verjährung keine Rechtswirkung zukommen kann.

[47] Vgl. Überg. V. § 20, Abs. 4; Hildebrand III S. 412. Die in der genannten Gesetzesbestimmung weiter angeführte Ausnahme des Sicherheitsverhaftes hat mit der aufschiebenden Wirkung der Berufung nichts gemein, sondern die Frage, ob der Verurteilte weiter in Haft zu verbleiben habe oder nicht, richtet sich nach den für die Untersuchungshaft und deren Aufrechterhaltung geltenden besondern Grundsätzen. Vgl. §§ 16 und 17 StPO.

[48] Vgl. Schwendener S. 80

[49] Plank S. 522

[50] Vgl. die gegenteilige Auffassung bei Probst S. 156

2. Die gleiche Rückwirkung der Rechtskraft tritt auch ein beim Verzicht auf die Berufung oder im Falle des Rückzuges derselben, was für den letztern Fall im Gesetz ausdrücklich bestimmt wird[51].

a) Da das zugerische Strafprozeßrecht eine notwendige Berufung nicht kennt, sondern die Einlegung derselben völlig ins freie Ermessen der Berufungsberechtigten gestellt ist, muß diesen auch die Möglichkeit des Verzichtes auf dieses Rechtsmittel zustehen[52]. Der ausdrückliche Verzicht auf die Berufung kommt denn in der Praxis auch häufig vor und wird von den Parteien in der Regel im Anschluß an die mündliche Urteilseröffnung, meistens in Verbindung mit dem Verzicht auf eine schriftliche Urteilsausfertigung erklärt. Diese Verzichtserklärung ist endgültig und bedeutet den Verlust des Rechtsmittels[53]. Eine nachträgliche Anfechtung des Urteils ist nicht mehr möglich, außer es könne der Nachweis erbracht werden, daß die Verzichtserklärung unter Zwang oder Drohung oder unter dem Einfluß eines wesentlichen Irrtums erfolgt sei[54]. Der freiwillige Verzicht auf die Berufung bedeutet eine Anerkennung des gefällten Urteils, weshalb regelmäßig beim Verzicht aller Berufungsberechtigten das Urteil vom Gericht als in Rechtskraft erwachsen erklärt wird. Damit dem Verzicht aber diese Wirkung zukommt, muß dieser unmißverständlich erfolgen und darf nicht etwa vermutet werden. Richtig erscheint die Auffassung, nach welcher die nur teilweise erfolgte Anfechtung eines Urteils noch keinen

[51] Vgl. OG § 85, Abs. 2. Warum hier im Gegensatz zu Abs. 1 nach dem Wortlaut des Gesetzes die Rückbeziehung auf den Tag der Ausfällung oder Zustellung des Urteils erfolgen soll, und was eigentlich unter diesen Begriffen verstanden wird, ist nicht recht ersichtlich. U. E. handelt es sich hier nur um einen redaktionellen Schönheitsfehler, während im übrigen auch hier die Rückwirkung vom Zeitpunkt der Eröffnung ausgeht, welch letztere durch die mündliche Urteilsverkündung oder in Ermangelung einer solchen durch die Zustellung des Urteils erfolgt.

[52] Schwendener S. 86

[53] Vgl. von Kries S. 55

[54] Obergericht vom 13. März 1945 i. S. W.

Verzicht auf das Rechtsmittel bezüglich der nicht angefochtenen Punkte bedeutet, sondern innerhalb der Berufungsfrist die Berufung auch noch auf andere Teile oder auf das ganze Urteil ausgedehnt werden kann[55]. Ferner bedeutet der Verzicht einer Partei auf die selbständige Berufung nicht auch einen solchen auf die Anschlußberufung, falls von einer andern Partei die Berufung erklärt wurde[56]. Dagegen ist aber auch ein Verzicht auf die Anschlußberufung möglich, wenn dies eindeutig zum Ausdruck gebracht wird.

b) Die gleichen Wirkungen wie dem Verzicht kommen auch dem Rückzug der Berufung zu, kann doch die Zurücknahme auch als Verzicht auf die Fortsetzung des frist- und formgerecht eingelegten Rechtsmittels angesehen werden[57]. Fraglich erscheint hier nur, bis zu welchem Zeitpunkt ein Rückzug möglich ist, worüber sich im Gesetz keine Bestimmung findet. Hier muß die Rückzugserklärung so lange als zulässig angenommen werden, als die Parteien Erklärungen abgeben können, d. h. bis zum Schluß der Parteiverhandlung vor der zweiten Instanz[58], was auch nach der zugerischen Praxis gelten dürfte[59]. Eine zurückgezogene Berufung wird unter Auflage der Verfahrenskosten an die zurücktretende Partei durch Abschreibungsbeschluß erledigt, wobei das erstinstanzliche Urteil als rechtskräftig erklärt wird[60]. Mangels einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung ist das Nichterscheinen des Berufungsklägers ohne genügenden Entschuldigungsgrund zur Verhandlung nicht als Rückzug der Berufung zu werten. Wenn schon im Zivilprozeßrecht das Ausbleiben einer Partei vor der Berufungsinstanz keinen Rechtsnachteil zur Folge hat, sondern in diesem Falle die erschienene

[55] ZR Bd. 24 Nr. 158; ZBJV Bd. 58, S. 343 ff.
[56] ZR Bd. 20 Nr. 94; Waiblinger S. 445; Leuch: Zivilprozeßordnung S. 278
[57] Plank S. 509
[58] Waiblinger S. 414
[59] Vgl. Beschluß des Strafgerichts vom 17.11.44 i. S. E und J, durch welchen eine noch am Verhandlungstag telefonisch zurückgezogene Berufung abgeschrieben wurde.
[60] Vgl. Anmerkung 59; Obergericht vom 17. März 1942

Partei zum Vortrag zugelassen und im übrigen das Urteil auf Grund der Akten gefällt wird[61], so kann im Strafprozeß keine schärfere Sanktion gerechtfertigt erscheinen.

II. Der Devolutiveffekt.

1. Der Devolutiveffekt der Berufungserklärung besteht darin, daß das erstinstanzliche Urteil zur Nachprüfung und neuen Beurteilung an ein höheres Gericht übertragen bzw. abgewälzt wird[62]. Darin ist eine erhöhte Garantie für eine gerechte Rechtsprechung zu erblicken, indem ein anderes Gericht der Sache viel objektiver gegenübersteht, als die gleiche Instanz, die das Urteil erlassen hat und die somit als judex in propria causa entscheiden müßte, was bei einer großen Anzahl von Fällen schon zum vorneherein den gewünschten Erfolg sehr zweifelhaft machen würde[63]. Wie bereits im II. Kapitel dargestellt wurde, kennt das zugerische Strafprozeßrecht entsprechend der Unterscheidung von niederer und höherer Gerichtsbarkeit auch zwei verschiedene Berufungsinstanzen, nämlich das Strafgericht gegen die Urteile der niedern Strafrechtspflege und das Strafobergericht gegen die Urteile des Strafgerichts. Diese Doppelgliederung der Berufungsinstanz dürfte eher eine Anlehnung an die Tradition, als ein praktisches Erfordernis bedeuten. Da die meisten übrigen Kantone mit einer Berufungsinstanz auskommen[64], wäre dies auch im kleinen Kanton Zug möglich gewesen, insbesondere da, wie bereits unter dem Strafpunkt ausgeführt wurde, die Geschäftslast weder der einen noch der andern Instanz eine bedeutende ist. Eine einzige Berufungsinstanz wäre vor allem im Hinblick auf die bessere Garantie einer einheitlichen Rechtsanwendung und eines einheitlichen Verfahrens wünschenswert gewesen.

[61] ZPO § 207
[62] Huber S. 74
[63] Walter S. 99
[64] Vgl. Huber S. 75 und Schwendener S. 82

2. Vom Devolutiveffekt wird nur ergriffen, was Gegenstand der erstinstanzlichen Beurteilung war, d. h. nur die von der ersten Instanz beurteilten Tatbestände können der zweiten Instanz zur Überprüfung übertragen werden. Dies ergibt sich aus dem gesetzlich verankerten Grundsatz, daß der Instanzenzug eingehalten werden muß und eine Oberbehörde auf ein Rechtsbegehren nicht eintreten darf, über welches die untere Instanz noch nicht entschieden hat[65]. Andernfalls würden durch eine Ausdehnung des oberinstanzlichen Prüfungsrechtes auf noch nicht beurteilte Tatbestände die Parteien in diesen Punkten um die durch das Berufungsrecht garantierte zweitinstanzliche Überprüfung gebracht[66].

Der Devolutiveffekt wirkt ferner nur so weit, als das Urteil mit der Berufung angefochten wird, m. a. W. er wirkt im gleichen Umfange wie der Suspensiveffekt, was bedeutet, daß die nicht angefochtenen und in Rechtskraft erwachsenen Teile des Urteils in keiner Weise der oberinstanzlichen Überprüfung unterliegen.

D. Die Anschlußberufung

Die erfolgte Berufungserklärung wird den Parteien zur Kenntnis gebracht. Ist die Berufung nur von einer Partei eingelegt worden, so hat die andere die Möglichkeit, die Anschlußberufung zu erklären[67], welches Institut im frühern Rechte nicht bekannt war[68].

1. Die Anschlußberufung kann definiert werden als eine unselbständige Berufung einer Prozeßpartei, bestehend in der Be-

[65] OG § 51

[66] Es ist aber zu bemerken, daß die Zulassung von Nova vor der Berufungsinstanz eine gewisse Einschränkung dieses Grundsatzes bedeutet, indem der Berufungsrichter neue Tatsachen und Beweismittel zu überprüfen hat, die dem erstinstanzlichen Richter nicht bekannt waren. Eine Beschränkung des Novenrechtes wenigstens auf die beurteilte Straftat ist deshalb ein unbedingtes Erfordernis. Vgl. unten VI. Kapitel A, II.

[67] StPO § 72

[68] Komm.Ber. 1940 S. 15

fugnis des Berufungsgegners, obgleich er nicht selbst innerhalb der Berufungsfrist das Rechtsmittel eingelegt hat, dennoch auch seinerseits selbständige Anträge zu stellen und dadurch eine Abänderung des Urteils zu seinen Gunsten zu erwirken[69]. Durch dieses Rechtsmittel soll demjenigen, der zwar das erstinstanzliche Urteil nicht für gerecht empfindet, der aber dennoch ein Berufungsverfahren mit all seinen Unannehmlichkeiten und dem dabei bestehenden Risiko als das größere Übel betrachtet, als die zu strenge Bestrafung, die Möglichkeit gegeben werden, trotz Ablauf der Berufungsfrist noch zu appellieren, falls die andere Partei die Berufung erklärt hat, und er das zweitinstanzliche Verfahren nun doch über sich ergehen lassen muß[70].

Als unselbständiges Rechtsmittel setzt die Anschlußberufung immer eine selbständige Berufung einer andern Partei voraus. Nach dem Gesetzestext muß diese Hauptberufung rechtskräftig geworden sein, was soviel besagen will, daß dieselbe gültig d. h. form- und fristgerecht erfolgt sein muß, damit eine Anschlußberufung erfolgen kann. Auch bezüglich ihres Fortbestandes ist die Anschlußberufung völlig von der selbständigen Berufung abhängig. Wird die erstere zurückgezogen, oder erfolgt aus irgend einem formellen Grunde eine Abweisung, so fällt mit ihr auch die Anschlußberufung dahin, ohne Rücksicht auf den Stand des Verfahrens[71]. Dagegen wird mangels einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Umfang der Anschlußberufung nicht durch die selbständig erklärte Berufung beschränkt, wie dies aus dem Begriff der Anschlußberufung geschlossen werden könnte. Die Adhäsion bezieht sich begrifflich nur auf den Bestand und den Fortbestand der Hauptberufung, braucht sich aber nicht notwendig auch auf den Umfang derselben zu be-

[69] Zurbrügg S. 77

[70] Schwendener S. 66/67

[71] StPO § 72, Abs. 2; nach § 427 der zürch. StPO wird mit Beginn der mündlichen Verhandlung die Anschlußberufung insofern zu einem selbständigen Rechtsmittel, als ein erst später erfolgter Rückzug der Hauptberufung den Weiterbestand der Anschlußberufung nicht mehr berührt. Vgl. Sträuli S. 250

ziehen[72]. Aus der eingangs erwähnten Begründung der Anschlußberufung muß vielmehr geschlossen werden, daß diese auch über den Rahmen der Hauptberufung hinaus gehen und sich wie eine selbständige Berufung auf alle anfechtbaren Punkte beziehen kann, auch wenn diese mit der ersteren nicht angefochten wurden. Diese uneingeschränkte Zulassung muß mangels einer gesetzlichen Einschränkung, wie sie das zürcherische und das bernische Recht für die Anschlußberufung des Staatsanwaltes vorsehen[73], hier für alle Parteien in gleicher Weise gelten.

2. Berechtigt zur Anschlußberufung sind alle Berufungsberechtigten, welche durch die erfolgte Hauptberufung beschwert sind. So kann sich der Angeklagte sowohl der Berufung des Staatsanwaltes wie auch derjenigen des Privat- oder Zivilklägers anschließen. Umgekehrt können sich auch die letztern der Berufung des Verurteilten anschließen, der Zivilkläger aber nur in Bezug auf den angefochtenen Zivilpunkt. Ferner kann sich der Zivilkläger bezüglich des Zivilpunktes auch der Berufung des Staatsanwaltes anschließen, nicht aber der letztere an die Berufung des Zivilklägers[74]. Unter den genannten Voraussetzungen ist die Anschlußberufung auch dann als zulässig zu erachten, wenn im Einzelfall für eine Partei eine selbständige Berufung infolge der bestehenden Berufungsgrenze nicht gegeben wäre[75]. So kann sich insbesondere der Beschuldigte der erfolgten Berufung des Staatsanwaltes auch dann anschließen, wenn er zu einer geringeren Freiheitsstrafe als 30 Tagen oder zu einer kleinern Buße als Fr. 300.— verurteilt worden ist, oder wenn er sogar freigesprochen wurde.

3. Über den Ort der Einreichung der Anschlußberufung sagt das Gesetz nichts. Da durch den Devolutiveffekt der Berufungs-

[72] Waiblinger S. 446
[73] Vgl. Zürch. StPO § 425, Abs. 3; Sträuli S. 249; Berner StPO § 311 Abs. 3; Waiblinger S. 445 ff.
[74] Vgl. die diesbez. vorbildliche Regelung in § 425 der zürch. StPO; Sträuli S. 247
[75] Sträuli S. 248

erklärung die Strafsache an die höhere Instanz übertragen wird, wäre theoretisch richtiger die Anschlußberufung als eine Wirkung der Berufung nicht beim judex a quo, sondern beim judex ad quem einzureichen. Diese Frage ist aber praktisch von keiner Bedeutung, da die Mitteilung über die erfolgte Berufung durch die Gerichtskanzlei erfolgt und deshalb auch die Anschlußberufung fast ausschließlich bei dieser eingereicht wird. In formeller Hinsicht hat die Erklärung wie bei der Hauptberufung die Formulierung der Begehren zu enthalten und kann deshalb nur schriftlich erfolgen. Die Frist zur Einreichung beträgt zehn Tage von der Bekanntgabe von der erfolgten Hauptberufung an. Mängel dieser formellen Erfordernisse wirken sich in gleicher Weise aus, wie bei der selbständigen Berufung. Von der Anschlußberufung wird dem Berufungskläger ebenfalls Kenntnis gegeben.

VI. Kapitel

Das Verfahren vor der Berufungsinstanz

A. Allgemeines

I. Wie bei der Betrachtung über die richterliche Prüfungsbefugnis dargestellt wurde, erschöpft sich diese Befugnis nicht in der Nachprüfung darüber, ob der vorinstanzliche Richter den ihm vorgelegenen Prozeßstoff richtig beurteilt habe, sondern der Berufungsrichter ist vielmehr zu einer unbeschränkten Überprüfung des angefochtenen Urteils nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht befugt. Er ist deshalb auch auf das erstinstanzliche Beweismaterial nicht beschränkt, sondern nach dem Grundsatz der materiellen Wahrheit zur Ergänzung und Vervollständigung desselben berechtigt. Die Berufungsverhandlung besteht deshalb nicht nur in einer Nachprüfung, sondern sie ist eine Neuverhandlung, bei der das Gericht auf Grund seiner eigenen Wahrnehmung den Tatbestand neu feststellt, um gestützt darauf den sich ihm darbietenden neuen Prozeßstoff zu beurteilen[1].

II. Aus dem Gesagten ergibt sich für die Parteien das Novenrecht, d. h. das prozessuale Recht einer Partei, vor zweiter Instanz neue Tatsachen und Beweismittel geltend zu machen[2]. Denn wie der Berufungsrichter von Amtes wegen zur Ergänzung des Prozeßstoffes befugt ist, so muß sich aus dem Prinzip der materiellen Wahrheit auch für die Parteien das Recht ergeben, derartige Begehren vorzubringen. Im Gegensatz zum Zivilprozeß, wo solche Nova im Berufungsverfahren nur unter der Bedin-

[1] Gerland S. 408
[2] Schwendener S. 114

gung zugelassen werden, daß eine Partei glaubhaft machen kann, sie habe dieselben früher nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht anführen können[3], besteht konsequenterweise nach der strafprozessualen Regelung diese Einschränkung nicht. Es steht deshalb den Parteien frei, mit neuen Tatsachen und Beweismitteln vor der Berufungsinstanz aufzutreten, ohne Rücksicht darauf, ob sie diese nicht schon vor erster Instanz hätten geltend machen können. Insbesondere steht ihnen auch das Recht zu, eine Ergänzung der Untersuchung durch den Verhörrichter, die Einvernahme von Zeugen und Sachverständigen an der Hauptverhandlung oder die Durchführung eines Augenscheins oder einer Oberexpertise durch die Berufungsinstanz zu verlangen[4]. Solche Parteibegehren sind aber nicht unbeschränkt zulässig, denn sie dürfen nicht zu einer unzulässigen Ausdehnung des Prozesses oder zu einer trölerhaften Verschleppung desselben mißbraucht werden. Eine Grenze für die Zulassung von Nova ergibt sich auch hier aus dem Prinzip der Identität der Tat, indem die neuen Beweismittel oder Ergänzungsbegehren sich auf den gleichen Tatbestand beziehen müssen, der schon Gegenstand der vorinstanzlichen Beurteilung war, und nicht einen neuen noch nicht beurteilten Anklagepunkt zum Gegenstand haben dürfen[5]. Ferner müssen dieselben für die Beurteilung der Sache von erheblichem Einfluß sein, während Begehren, die sich als überflüssig oder unwesentlich erweisen, nicht entsprochen wird[6].

III. In Bezug auf die nähere Ausgestaltung des Berufungsverfahrens ist zu sagen, daß als das zuverlässigste Verfahren für die Erreichung des Berufungszweckes die Wiederholung des erstinstanzlichen Hauptverfahrens betrachtet werden muß. Dies deshalb, weil jenes Verfahren, das für die Erbringung der

[3] ZPO § 205
[4] StPO § 74, Abs. 1
[5] Vgl. IV. Kapitel II, Ziff. 1; Schwendener S. 116
[6] StPO § 74 in Verbindung mit § 40, Abs. 3 und § 41

Wahrheit und Verwirklichung der Gerechtigkeit vor dem ersten Richter als geeignet erscheint, logischerweise auch dem übergeordneten Richter für die Erreichung des gleichen Zieles die besten Garantien bieten muß[7]. In den meisten Kantonen ist aber die Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens auch vor der Berufungsinstanz aus praktischen Gründen unmöglich. Insbesondere in größeren und mittleren Kantonen mit verschiedenen Bezirksgerichten müßte seine Anwendung zu einer Überlastung der Appellationsinstanz führen, und zudem wäre infolge der territorialen Ausdehnung ein dem ersteren gleichartiges Beweisverfahren vor der oberen Instanz mit allzu großen finanziellen Opfern verbunden[8]. Das Berufungsverfahren zeigt deshalb gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren vielfach notwendig eine Einschränkung der Prinzipien der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit. Diese Schwierigkeiten bieten sich nun aber im Kanton Zug wegen seiner Kleinheit und Ungeteiltheit nicht, da hier, wenigstens auf dem Gebiete der höhern Strafrechtspflege, nur ein erstinstanzliches Strafgericht besteht, dessen räumliche Amtsbefugnis sich mit derjenigen der Berufungsinstanz deckt. Die Anwendung des erstinstanzlichen Hauptverfahrens auch im Verfahren vor der Berufungsinstanz gestaltet sich deshalb nicht komplizierter oder kostspieliger und ist praktisch durchaus möglich. In § 75, Abs. 1 konnte somit das Berufungsverfahren ganz einfach durch Verweisung auf die entsprechenden Paragraphen des erstinstanzlichen ordentlichen Hauptverfahrens geregelt werden. Dabei wurde nur der an sich selbstverständliche Vorbehalt bezüglich der für Jugendliche geltenden besonderen Verfahrensbestimmungen gemacht, während im übrigen weder eine Einschränkung noch eine Ergänzung der betreffenden Bestimmungen notwendig war. Diese einfache Verweisung auf das erstinstanzliche Verfahren war nur deshalb möglich, weil dieses erstere eine so zweckdienliche und prak-

[7] Probst S. 171
[8] Huber S. 58

tische Ausgestaltung erfahren hat, daß es sich ohne weiteres auch zur Anwendung vor der Berufungsinstanz eignet. Das ordentliche Hauptverfahren vor erster Instanz geht nämlich in der Berücksichtigung der Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit einen vernünftigen Mittelweg, der sich insbesondere in der Regelung des Beweisverfahrens als glückliche Lösung erweist. Während im alten Prozeßverfahren die Beweise bereits im Untersuchungsverfahren erschöpfend erhoben wurden, und vor Gericht keine Beweisverhandlung mehr stattfand[9], besteht im heutigen Verfahren auch die Möglichkeit der unmittelbaren Beweisabnahme vor Gericht[10]. Dabei können nicht nur die im Untersuchungsverfahren bereits einvernommenen Zeugen und Sachverständigen erneut verhört werden, sondern es ist auch die Einvernahme von Personen gestattet, die in der Voruntersuchung noch nicht abgehört worden sind[11]. Eine solche neuerliche oder ergänzende Beweisabnahme in der Hauptverhandlung findet aber nicht in allen Fällen statt, sondern nur dann, wenn eine solche für die Abklärung des Tatbestandes und für die Beurteilung des Falles als notwendig oder wünschenswert erachtet wird. Hat der Angeklagte aber ein vollständiges und unzweideutiges Geständnis abgelegt, und ist auf Grund der Akten die Fällung eines sicheren Urteils zu erwarten, so findet keine Beweisverhandlung vor Gericht statt, da die Parteien diese nicht zur Veranstaltung von unnötigen Schauprozessen mißbrauchen können sollen[12]. Daraus ergibt sich auch für das Berufungsverfahren, daß sich dasselbe einfacher oder komplizierter gestaltet, je nachdem auf Grund des vorinstanzlichen Aktenmaterials, allfällig vorgenommener Untersuchungsergänzungen oder vorgebrachter neuer Begehren eine Beweisverhandlung vor der Berufungsinstanz notwendig wird oder nicht.

[9] Iten S. 115
[10] Diese Konzession an das Prinzip der Unmittelbarkeit geht auf den Entwurf von 1905 zurück; vgl. Komm.Ber. 1940 S. 11
[11] StPO § 39
[12] StPO § 40; Komm.Ber. 1940 S. 12

IV. Die Anwendung des erstinstanzlichen Hauptverfahrens als Verfahren vor der Berufungsinstanz bedeutet nur insofern eine Gleichstellung zwischen Erstinstanzverfahren und Berufungsverfahren, als es sich um Fälle der höheren Strafrechtspflege handelt. Auf diesem Gebiete erscheint diese Lösung für berechtigt und zweckmäßig, wenn auch der damit notwendig verbundene Nachteil nicht zu verkennen ist, daß bezüglich der Nova der Prozeßstoff nur einmal überprüft wird. Dieser Nachteil wirkt sich nun aber besonders stark auf dem Gebiete der niedern Strafrechtspflege aus. Hier bewirkt nämlich die Anwendung des erstinstanzlichen Hauptverfahrens vor der Berufungsinstanz eine bedeutend gründlichere und genaure Untersuchung, als diese vor erster Instanz geführt wird. Während der erstinstanzliche Richter der niedern Strafrechtspflege ohne Verhandlung und ohne Vernehmlassung der Parteien einzig auf Grund der Akten entscheidet[13], hat vor der zweiten Instanz der Angeklagte persönlich zu einer Parteiverhandlung zu erscheinen, bei der auch der Staatsanwalt mit seinem Strafantrag auftritt, und in der wenn nötig auch eine Beweisverhandlung durchgeführt wird. Es liegt nun auf der Hand, daß hier entsprechend der genaueren Prüfung in vielen Fällen der Tatbestand erst vor der Berufungsinstanz in seinem vollen Umfang ergründet und abgeklärt wird, woraus sich leicht die Gefahr ergibt, daß Sachen beurteilt werden, die noch nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Urteils waren. Daß dies eine Verletzung des Grundsatzes von der Einhaltung des Instanzenzuges bedeuten würde, wodurch die zweimalige Überprüfung des Tatbestandes verhindert wird, wurde bereits früher dargestellt[14].

Ferner bedeutet dieses Berufungsverfahren in vielen Fällen auch einen unnötigen und zu großen Aufwand, der mit dem auf dem Spiele stehenden Interesse des Angeklagten oft in keinem Verhältnis steht. Mancher wird schon deshalb von der

[13] StPO § 59, Abs. 2
[14] Vgl. IV. Kapitel II, Ziff. 1; V. Kapitel C, II, Ziff. 2; OG § 51

Einlegung der Berufung abgehalten, weil ihm die Bezahlung einer kleinen Buße als das geringere Übel erscheinen muß, als dieses Berufungsverfahren mit all seinen Unannehmlichkeiten und seinem Aufwand an Zeit und Geld über sich ergehen zu lassen. Auch das Risiko, im Falle der Abweisung eventuell eine den Bußenbetrag ums Vielfache übersteigende Kostennote zu erhalten, bedeutet keinen Ansporn zur Ergreifung dieses Rechtsmittels. Es ist daher auch nicht verwunderlich, wenn trotz der unbeschränkten Zulassung die Berufungen auf diesem Gebiete nicht häufig sind. Denn das geltende Berufungsverfahren erweist sich insbesondere bei Bagatellfällen, wie sie beispielsweise die in die gemeinderätliche Kompetenz fallenden Polizeiübertretungen darstellen, als absolut ungeeignet und der Geringfügigkeit der Sache nicht angepaßt, so wünschenswert im übrigen ein möglichst gründliches und umfassendes Rechtsmittelverfahren auch sein mag. Wenn bei solchen Geringfügigkeiten schon die Berufung unbeschränkt zugelassen wird, so sollte dabei auch das Verfahren so gestaltet sein, daß damit dem Rechtsuchenden gedient ist und er nicht aus formellen Gründen vor der Ergreifung des Rechtsmittels zurückschrecken muß. Ein einfacheres, rein schriftliches Verfahren, analog dem heutigen Beschwerdeverfahren oder dem früheren Rekursverfahren gegen Urteile der Polizeidirektion[15] dürfte sicher in solchen Fällen sowohl für die Verurteilten, wie auch für die Gerichts- und Strafverfolgungsbehörden zweckdienlicher sein. Dabei könnte ausnahmsweise immer noch die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung, sei es auf Wunsch der Parteien oder auf Veranlassung des Gerichtes, vorgesehen werden[16].

[15] Vgl. II. Kapitel A, IV, Anmerkung 39

[16] Vgl. diesbezüglich die Regelung im kriegswirtschaftlichen Berufungsverfahren, wo von Amtes wegen eine mündliche Verhandlung angesetzt werden kann und auf Verlangen einer Partei eine solche anberaumt werden muß (Art. 23 und 118 des BRB über das kriegswirtschaftliche Strafrecht und die kriegswirtschaftliche Strafrechtspflege vom 17. Oktober 1944; AS 60/641)

B. Das Vorbereitungs- und Ermittlungsverfahren

I. Mit der Einreichung der Berufungserklärung hat die appellierende Partei das Nötige getan, um die Strafsache vor der oberen Instanz rechtshängig zu machen. Der Gang des weitern Verfahrens wird in der Folge von Amtes wegen bestimmt. Als erste diesbezügliche Tätigkeit wird die Berufungserklärung den andern Parteien zur Kenntnis gebracht, was immer durch die Gerichtskanzlei geschieht. Über die Form dieser Kenntnisgabe sagt die StPO nichts. Nach der allgemeinen Regel über die Zustellung gerichtlicher Akten an die Parteien oder deren Vertreter erfolgt diese aber durch eingeschriebenen Brief oder gegen Doppel mit Empfangsbestätigung[17]. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil vom Termin dieser Bekanntgabe an der Gegenpartei die 10-tägige Frist zur Erklärung der Anschlußberufung zu laufen beginnt. Eine solche Kenntnisgabe erübrigt sich aber in denjenigen Fällen, wo die Berufung anläßlich der Urteilseröffnung im Beisein der Gegenpartei mündlich erklärt worden ist.

Die Benachrichtigung der beteiligten Parteien von der Einlegung des Rechtsmittels ist eine Folge des Prinzips der Parteienöffentlichkeit. Jede Partei hat ein wesentliches Interesse daran, von der Anfechtung des Urteils in Kenntnis gesetzt zu werden, einmal als Orientierung über die Suspendierung der Rechtskraft, anderseits um ihrerseits das Nötige zu ihrer Verteidigung und zur Wahrung ihrer Interessen vorkehren zu können[18]. Aus diesem gleichen Prinzip ergibt sich auch das Recht der Parteien auf Akteneinsicht, die trotz Fehlens einer diesbezüglichen Bestimmung in der StPO nach der Praxis nach Belieben gewährt wird[19].

[17] OG § 86, Abs. 1
[18] Probst S. 174
[19] Für die Staatsanwaltschaft ist das Recht zur Akteneinsicht in § 9, Abs. 1 StPO und in den §§ 6 und 7 der VO über die Amtsführung der Staatsanwaltschaft vom 3. Juni 1942 (GB Bd. XIV S. 519) speziell erwähnt.

II. Die eingelegte Berufung wird zuerst auf ihre frist- und formgerechte Einreichung geprüft, was durch die Berufungsinstanz geschieht. Für den judex a quo ist der Prozeß mit dem von ihm gefällten Urteil erledigt. Er hat zwar noch event. als Adreßstelle für die Berufungserklärung zu fungieren, im übrigen aber dieselbe ohne Prüfung an die Berufungsinstanz weiterzuleiten. Im Gegensatz zur zivilprozessualen Regelung[20] wird im Gesetz hier nicht näher umschrieben, durch wen und auf welche Weise diese Prüfung vorzunehmen ist. Die Praxis hat sich dahin ausgebildet, daß nach Fristablauf eingereichte Berufungen durch den Gerichtspräsidenten zurückgewiesen werden, während bei anderweitigen Formfehlern und bei Berufungen gegen nicht appellable Urteile die Gültigkeit durch das Gesamtgericht geprüft und der Fall gegebenenfalls durch einen Nichteintretensbeschluß erledigt wird[21]. Gegen solche Erledigungsbeschlüsse und -Verfügungen ist kein besonderes kant. Rechtsmittel vorgesehen.

III. Hat sich die Berufungserklärung als formell gültig erwiesen, so erfolgen die für die Hauptverhandlung notwendigen Ermittlungs- und Vorbereitungshandlungen:

1. Wenn nötig, werden die erforderlichen Beweisergänzungen durchgeführt, die, wie bereits eingangs dieses Kapitels dargestellt wurde, entweder von Amtes wegen oder auf Begehren der Parteien vorgenommen werden können. Über diesbezügliche Parteibegehren entscheidet der Gerichtspräsident ohne Parteiverhandlung[22]. Ist eine Ergänzung der Untersuchung notwendig, so läßt er eine solche durch das Verhöramt vornehmen. Nötigenfalls kann er auch eine Expertise oder eine Oberexpertise anordnen. Ausnahmsweise kann auch ein Augenschein durch das Gesamtgericht stattfinden. Zu einem solchen werden auch die

[20] ZPO § 203, Abs. 1
[21] Oberger. vom 5. Oktober 1943 i. S. W.
Strafger. vom 15. Mai 1943 i. S. L. } Rech.Ber. 1943/44 S. 78
[22] StPO § 74, Abs. 2

Parteien vorgeladen, denen es dabei gestattet ist, zum Tatbestand kurze Erläuterungen zu machen. Mit dem Augenschein kann zugleich auch die Abhörung von Zeugen und Sachverständigen verbunden werden[23].

2. Der Präsident bestimmt ferner auch, ob und welche Zeugen und Sachverständigen, die bereits im Untersuchungsverfahren oder vor der ersten Instanz einvernommen wurden, zur neuerlichen Einvernahme in der Hauptverhandlung vorzuladen sind. Er kann dies entweder auf Begehren der Parteien oder von sich aus tun, in welch letzterem Falle aber den Parteien Kenntnis gegeben werden soll[24]. Diesbezügliche Parteibegehren sind in einer besondern Eingabe an den Präsidenten anzubringen, in welcher die einzuvernehmenden Personen zu bezeichnen sind. Der Gegenpartei wird von einer solchen Eingabe Kenntnis gegeben und ihr eine angemessene Frist angesetzt, um ihrerseits die Vorladung von Zeugen und Sachverständigen zur Hauptverhandlung anzubegehren. Solche Begehren des Angeklagten sind dem Staatsanwalt zur Vernehmlassung und zur Stellung von Gegenanträgen zuzustellen[25].

3. Werden Zeugen und Sachverständige zur Einvernahme in der Hauptverhandlung vorgeschlagen, die bisher nicht verhört worden sind, so bedarf dieses Begehren einer besonderen Begründung. In diesem Falle ist immer die schriftliche Vernehmlassung der Gegenpartei einzuholen, worauf über die Zulassung nicht der Präsident, sondern das Gesamtgericht entscheidet[26]. Dabei kann eine Partei je nach der Stellungnahme der Gegenpartei auch zur Bekanntgabe der zu stellenden Zeugenansinnen aufgefordert werden. Gibt sie dieselben trotz Aufforderung nicht bekannt oder erscheint sie mit einem nicht bekanntgegebenen Zeugen vor Gericht, so wird derselbe nicht zur Beweisverhand-

[23] StPO § 41
[24] StPO § 40, Abs. 1; Komm.Ber. 1940 S. 12
[25] StPO § 39, Abs. 1 und 2
[26] StPO § 39, Abs. 3

lung zugelassen, sondern an das Verhöramt zur Einvernahme überwiesen[27]. Dadurch sollen falsche Zeugenaussagen möglichst verhindert und allfällige Anstiftungen zu falschem Zeugnis leichter aufgedeckt werden, was im zitierten Falle nachträglich durch den Verhörrichter auch geschehen ist.

4. Eine Frist zur Einreichung von Ergänzungsbegehren sieht das Gesetz nicht vor, dagegen wird jeweils der Gegenpartei mit der Bekanntgabe derselben eine richterliche Frist angesetzt. Allgemein sind solche Begehren aber so rechtzeitig einzureichen, daß noch vor dem Termin die Gegenpartei benachrichtigt und die erforderlichen Untersuchungsergänzungen und Vorladungen durchgeführt werden können. Ausnahmsweise kann auch noch eine nachträgliche Aktenergänzung stattfinden, wenn die Notwendigkeit einer solchen sich erst aus der Hauptverhandlung ergibt. Dies ist insbesondere in jenen Fällen erforderlich, wo der Angeklagte sein ursprüngliches Geständnis in der Hauptverhandlung widerruft. In einem solchen Falle kann die Verhandlung unterbrochen und vertagt werden, sofern sich die neuen Ergänzungen oder Beweismittel nicht sofort beschaffen lassen[28]. Gegen einen solchen Vertagungsbeschluß, wie auch gegen die Entscheide des Präsidenten oder des Gesamtgerichtes über die Ergänzungsbegehren der Parteien ist kein besonderes Rechtsmittel zulässig[29].

5. Der Präsident bestimmt weiter, ob vor der Hauptverhandlung eine Aktenzirkulation unter den Richtern stattzufinden hat. Nötigenfalls, d. h. in tatbeständlich oder rechtlich schwierigeren Fällen, bestellt er auch unter den Richtern einen Referenten. Diesem kommt die Aufgabe zu, den Prozeßstoff eingehend zu studieren und bei der Beratung des Gerichts darüber zu referieren und als erster einen Antrag zu stellen[30].

[27] Oberger. vom 6. November 1946 i. S. S.
[28] StPO § 54 und § 74, Abs. 2
[29] StPO § 42 und § 54, Abs. 2
[30] StPO § 43, Abs. 4 und OG § 65, Abs. 2

6. Ist der Fall zur gerichtlichen Verhandlung genügend vorbereitet, so setzt der Präsident den Termin zur Hauptverhandlung fest und erläßt durch Vermittlung der Gerichtskanzlei an die Parteien und Richter sowie an allfällige Zeugen und Sachverständige die erforderlichen Vorladungen. Diese sind den Parteien wenigstens 10 Tage und den Zeugen und Sachverständigen wenigstens 5 Tage vor dem angesetzten Termin zuzustellen[31]. Gemäß § 86 OG hätten die Vorladungen an den Angeklagten und die Zeugen und Sachverständigen auf dem Gebiete der niedern und höhern Strafrechtspflege durch die Polizei zu erfolgen, von welcher Bestimmung aber die Praxis Abstand genommen hat. Die Vorladungen werden normalerweise per Post zugestellt, und zwar im Doppel, wovon das eine Exemplar als Empfangsbescheinigung zurückzusenden ist. Erst für den Fall, daß dies nicht geschehen sollte, wird subsidiär die polizeiliche Zustellung angedroht[32]. Für Richter, die in den Ausstand treten, oder die von den Parteien mit Erfolg abgelehnt werden, sind Ersatzmänner vorzuladen[33].

7. Um das Gericht vor überraschenden Vorfragen und Einreden zu Beginn der Hauptverhandlung zu schützen, sind solche schriftlich und begründet mindestens zwei Tage vor Verhandlungsbeginn anzumelden[34]. Solche Einreden können nötigenfalls auch zum Gegenstand eines Vorentscheides gemacht werden, wenn durch deren sofortige Erledigung ein bedeutender Aufwand an Zeit und Geld erspart werden kann[35], was insbesondere bei Zuständigkeitsfragen der Fall sein dürfte.

[31] OG § 87, Abs. 1 und StPO § 43, Abs. 1

[32] Zu dieser vom Gesetz abweichenden Praxis ist man deshalb gelangt, weil nach Art. 355, Abs. 3 StGB Personen in andern Kantonen durch die Post vorzuladen sind und man daher die Einheimischen nicht schlechter behandeln wollte. Ferner waren hiefür auch ökonomische und humanitäre Erwägungen maßgebend.

[33] Siehe die nähere Regelung betreffend Ausstand und Ablehnung der Richter und richterlichen Beamten, sowie der Untersuchungs- und Anklageorgane in OG §§ 42—48.

[34] StPO § 43, Abs. 3

[35] OG § 80

C. Die Hauptverhandlung

I. Nach § 44 StPO hat der Angeklagte persönlich vor Gericht zu erscheinen, von welcher Pflicht er nur im Falle einer ernsten Krankheit auf Grund eines ärztlichen Zeugnisses dispensiert werden kann. An dieser erstinstanzlichen Verfahrensvorschrift wird mangels einer Ausnahmebestimmung prinzipiell auch im Berufungsverfahren festgehalten. Der Angeklagte kann sich deshalb nicht durch seinen Anwalt vertreten lassen und darf sich auch nicht auf eine schriftliche Eingabe beschränken[36]. Die Praxis sieht aber von dieser strengen Regel dann eine Ausnahme vor, wenn der Staatsanwalt einen Antrag auf Freispruch gestellt hat. Lautet der Antrag auch auf Freispruch von den Kosten, so wird dem Angeklagten das Erscheinen vor Gericht zum vorneherein freigestellt, was ihm in der Vorladung mitgeteilt wird. Im andern Falle wird ihm die Möglichkeit eingeräumt, ein Dispensgesuch zu stellen[37].

Bleibt der Angeklagte unentschuldigt aus, so kann er polizeilich vorgeführt werden, was jeweils in der Vorladung ausdrücklich angedroht wird. Im Nichterscheinen des Berufungsklägers wird deshalb nicht ein Rückzug der Berufung angenommen, wie dies beispielsweise im zürcherischen Prozeßrecht vorgesehen ist[38]. Eine polizeiliche Vorführung erscheint aber nur dort am Platze, wo das Ausbleiben des Angeklagten auf Renitenz zurückzuführen ist. In andern Fällen dürfte grundsätzlich die Tagfahrt verschoben werden. Bei geringfügigen Fällen, bei denen der Angeklagte allein appelliert hat, dürfte es auch gerechtfertigt sein, von seiner Präsenzpflicht abzusehen und die Berufungsverhandlung trotz seiner Abwesenheit durchzuführen, während im übrigen das bereits im II. Kapitel dargestellte gesetzliche Kontumazialverfahren vor der Berufungsinstanz wohl selten zur Anwendung gelangen dürfte.

[36] Vgl. die diesbez. Regelung in § 318 der Berner StPO bei Waiblinger S. 454
[37] Strafger. vom 9.7.43; Rech.Ber. 1943/44 S. 76
[38] Vgl. Zürch. StPO § 424 bei Sträuli S. 247

Auch der Staatsanwalt hat seinen Antrag persönlich vor Gericht vorzutragen und darf sich ebenfalls nicht auf eine schriftliche Eingabe beschränken. Wie schon eingangs dieses Kapitels erwähnt wurde, muß diese Regelung in Bagatellfällen als zu weitgehend erscheinen[39].

Zeugen und Sachverständige, die der Vorladung ohne rechtzeitige Entschuldigung nicht Folge leisten, werden mit einer Ordnungsbuße bedacht und können ebenfalls polizeilich vorgeführt werden. Falls die Verhandlung wegen ihnen ausgesetzt werden muß, so können sie auch zur Tragung der dadurch verursachten Kosten verurteilt werden[40].

II. Grundsätzlich ist die Partei- und Beweisverhandlung wie auch die Eröffnung des Urteils öffentlich. In gewissen Fällen aber, insbesondere bei Sittlichkeitsdelikten, wo die öffentliche Verhandlung eine Gefährdung oder Verletzung von Sitte und Anstand bedeuten würde, kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden. In diesem Falle ist aber jeder Angeklagte berechtigt, neben seinem Anwalt noch zwei Verwandte beizuziehen[41]. Diese Bestimmung gilt nach der Praxis aber nicht vorbehaltlos, sondern es wird verlangt, daß diese Verwandten urteils- und handlungsfähig sind[42].

Auch das Verfahren gegen Jugendliche findet unter Ausschluß der Öffentlichkeit statt. Dabei werden aber die Angehörigen und gesetzlichen Vertreter des Angeklagten, sowie Vertreter von Kinder- und Jugendschutzorganisationen zur Hauptverhandlung zugelassen, die an einem besonderen Gerichtstag stattzufinden hat[43].

[39] Nach Zürch. Recht hat der Staatsanwalt im Berufungsverfahren nur zu erscheinen, wenn das Urteil auf eine Zuchthaus- oder Arbeitshausstrafe lautet oder wenn der Staatsanwalt eine solche Strafe beantragen will; vgl. § 422, bei Sträuli S. 245

[40] StPO §§ 30 und 48

[41] OG § 69, Abs. 2—4

[42] Oberger. vom 25.6.45 i. S. O.; Rech.Ber. 1943/44 S. 76

[43] StPO § 63, Abs. 1 und 2

III. Die Hauptverhandlung wird durch den Präsidenten mit dem Aufruf der Parteien eröffnet. Sind zugleich Zeugen oder Sachverständige für eine Beweisverhandlung vorgeladen worden, so werden diese anschließend ebenfalls aufgerufen und zur Wahrheit ermahnt. Darauf haben diese den Gerichtssaal wieder zu verlassen und unter Aufsicht zu warten, bis sie zur Abgabe des Zeugnisses oder Gutachtens an die Reihe kommen[14].

Nach diesem Aufruf erfolgt die Befragung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse und über den ihm zur Last gelegten Straftatbestand. Diese Befragung, die neben der Abklärung des Tatbestandes vor allem auch den Richtern ein näheres Bild vom Charakter und der Persönlichkeit des Delinquenten geben soll, war im alten Verfahren nicht gegeben[15].

IV. Das Resultat dieser persönlichen Befragung kann in der Folge für den Gang des weiteren Verfahrens bestimmend sein. Hat der Angeschuldigte bereits vor erster Instanz ein umfassendes Geständnis abgelegt und wird dieses vor der Berufungsinstanz bestätigt, so erübrigt sich in der Regel eine Beweisverhandlung, und es folgen anschließend die Parteivorträge. Analog dem erstinstanzlichen Verfahren kommt der erste Vortrag immer dem Staatsanwalt zu, ohne Rücksicht darauf, ob er Berufungskläger ist oder nicht. Im Verfahren gegen Jugendliche gilt die Sondervorschrift, daß die Parteivorträge in Abwesenheit des Angeklagten zu erfolgen haben[16]. Nach den Parteivorträgen wird dem Angeschuldigten Gelegenheit zur Vernehmlassung gegeben, worauf sich Replik und Duplik der Parteien anschließen können. Einem allfälligen Zivilkläger wird im Anschluß an den Vortrag des Staatsanwaltes das Wort zur Stellungnahme zu seiner Schadenersatzforderung erteilt[17].

[14] StPO § 45, Abs. 1 und § 47. Gemäß Abs. 2 kann unter bes. Umständen vom Aufruf und der Anwesenheitspflicht der Zeugen und Sachverständigen vom Gerichtspräsidenten dispensiert werden.
[15] Vgl. Komm.Ber. 1940 S. 13
[16] StPO § 63, Abs. 3
[17] StPO § 45, Abs. 4

Dieses gleiche Verfahren ohne Beweisverhandlung findet auch dann statt, wenn ein früheres Geständnis widerrufen wird, dieser Widerruf aber erst vor Gericht erfolgt. In diesem Falle muß zuerst die Frage entschieden werden, ob durch den Widerruf eine Beweisergänzung notwendig wird und die Verhandlung gegebenenfalls vertagt werden muß, oder ob ohne eine weitere Beweisergänzung zur Beurteilung geschritten werden kann. Hierüber befindet das Gericht nach Anhörung der Parteivorträge nach freiem Ermessen[48].

Ist dagegen zur nähern Abklärung des Tatbestandes noch eine Beweisverhandlung vor Gericht notwendig und vorgesehen, so findet dieselbe unmittelbar nach der Befragung des Angeklagten statt. In diesem Falle verliest der Staatsanwalt zuerst die Anklageschrift, worauf die erforderlichen Zeugen[49] und Sachverständigen durch den Gerichtspräsidenten einvernommen werden. Dabei sind auch die einzelnen Richter und die Parteien zur Fragestellung befugt. Sofern es zweckdienlich erscheint, können die Zeugen in Gegenwart der Sachverständigen einvernommen werden, wobei es auch den letztern gestattet werden kann, Fragen an die Zeugen und den Angeklagten zu stellen. Im Anschluß an diese Einvernahmen kann auch der Angeschuldigte verhört werden, in jedem Falle aber ist ihm Gelegenheit zu geben, sich zum Resultat der Beweisverhandlung zu äußern[50].

Nach Abschluß der Beweisverhandlung erfolgen die Parteivorträge, sowie event. Replik und Duplik. Zu erwähnen ist hier noch, daß auf Antrag der Parteien oder auf Beschluß des Gerichtes Zeugen und Sachverständige vereidigt werden können. Eine solche Vereidigung darf in analoger Anwendung der diesbezüglichen zivilprozessualen Bestimmung nur aus wichtigen

[48] StPO § 46

[49] Über die nähere Regelung der Zeugnispflicht und des Zeugnisverweigerungsrechtes vgl. StPO §§ 27—30

[50] StPO §§ 49, 50 und 51. Im Verfahren gegen Jugendliche entscheidet der Gerichtspräsident, inwieweit der Angeklagte bei der Beweisverhandlung anwesend sein soll. Vgl. StPO § 63, Abs. 3.

Gründen vorgenommen werden[51], ist aber auch im Verfahren ohne Beweisverhandlung zulässig[52].

Soweit erforderlich, können im Laufe des Partei- und Beweisverfahrens auch die Untersuchungsakten zur Orientierung der Richter verlesen werden, was auf Veranlassung des Präsidenten durch den Gerichtsschreiber oder den Verhörrichter geschieht[53].

D. Das Urteilsverfahren

I. Mit den Parteivorträgen ist die öffentliche Hauptverhandlung abgeschlossen und es folgt unter Ausschluß der Öffentlichkeit und der Parteien die Urteilsberatung[54]. Dieser vorangehend erfolgt zuerst eine Befragung des Verhörrichters. Wie dies schon nach dem alten Verfahren der Übung entsprach, nimmt dieser regelmäßig an der Hauptverhandlung teil und bleibt nach dem Abtreten der Parteien zurück, um den Richtern auf Befragen Auskunft über die Untersuchung und seine Eindrücke über den Beklagten und die Zeugen zu geben[55]. Darauf wird die Urteilsberatung durch den Referenten eröffnet, der als erster seinen Antrag stellt und begründet. Wo kein Referent bestellt ist, fällt diese Aufgabe dem Vizepräsidenten zu. Hierauf kann sich jeder Richter frei zum Worte melden. Dasselbe wird zuerst denjenigen erteilt, die Gegenanträge zu stellen beabsichtigen. Auch der protokollführende Gerichtsschreiber ist zur Beteiligung an der Urteilsberatung, nicht aber zur Stimmabgabe befugt. Der Präsident eröffnet als letzter seine Meinung, worauf zur Abstimmung geschritten wird. Zur Fällung eines gültigen Urteils muß das Gericht vollzählig sein. Jeder Richter ist zur Stimmabgabe verpflichtet, wobei die Mehrheit der Stimmen entscheidet[56].

[51] StPO § 52 und ZPO § 176
[52] Komm.Ber. 1940 S. 13
[53] StPO § 53
[54] Zugelassen werden zu den Urteilsberatungen einzig die Gerichtsauditoren, aber ohne Berechtigung zur Mitsprache. Vgl. § 7 der VO des Oberger. über die Gerichtsauditoren vom 22.4.1940. GB Bd. XIV S. 149 ff.
[55] Komm.Ber. 1940 S. 4 und StPO § 55
[56] OG §§ 64 und 65

II. In der Regel wird das Urteil nach Schluß der Beratung sofort gefällt. Ausnahmsweise kann die Urteilsfällung auch aufgeschoben werden, nämlich dann, wenn zuerst noch eine Aktenzirkulation unter den Richtern notwendig ist. In diesem Falle muß das Urteil innert Monatsfrist gefällt werden. Ganz allgemein gilt die Gesetzesvorschrift, daß im Berufungsverfahren das Urteil innert 90 Tagen seit der Berufungserklärung gefällt sein muß[57].

Wird das Urteil anschließend an die Hauptverhandlung gefällt, so erfolgt unmittelbar darauf die Eröffnung desselben an die Parteien. Diese geschieht öffentlich unter Bekanntgabe der Erwägungsgründe[58]. Nach der Praxis verkündet der Präsident den Urteilsspruch, während der Gerichtsschreiber denselben begründet. Da der Urteilseröffnung für den Eintritt der Rechtskraft besondere Bedeutung zukommt, sie ferner vor den Parteien und eventuell vor einer weitern Öffentlichkeit stattfindet, muß derselben volle Rechtsgültigkeit zukommen, auch dann, wenn ausnahmsweise einmal die Begründung wegfällt. Als irrig ist deshalb die Auffassung des Obergerichts zu bezeichnen, wonach der mündlichen Eröffnung nur des Dispositivs noch keine Rechtswirksamkeit zukomme und das Gericht deshalb nachträglich noch einmal auf seinen Entscheid zurückkommen könne, falls sich bei der schriftlichen Urteilsausfertigung in Bezug auf die Begründung unüberwindliche Schwierigkeiten bieten sollten[59]. Eine solche Auffassung verstößt gegen die Rechtssicherheit, die verlangt, daß das einmal öffentlich verkündete Urteil auch dem Gericht gegenüber seine Geltung hat, andernfalls die mündliche Eröffnung ja gar keinen Sinn mehr hätte.

Anschließend an die mündliche Urteilseröffnung können die Parteien erklären, daß sie auf die Zustellung eines motivierten Entscheides verzichten. In diesem Falle erhalten sie nur das

[57] OG § 77
[58] OG § 69, Abs. 2 und § 78, Abs. 1
[59] Oberger. vom 23.11.1943 i. S. N. N.: Rech.Ber. 1943/44 S. 86

Dispositiv, während ihnen sonst das motivierte Urteil vollinhaltlich innert zwei Monaten zugestellt werden muß[60]. Von dieser Verzichterklärung wird ziemlich häufig Gebrauch gemacht, was einerseits dem Gerichtsschreiber die Arbeit stark erleichtert und anderseits für den Verurteilten eine Reduzierung seiner Kostennote bedeutet. In Fällen aber, wo keine mündliche Eröffnung und Begründung des Urteils stattgefunden hat, kann nur eine motivierte Urteilsausfertigung in Frage kommen. Ferner setzt auch im Falle der Einreichung einer Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht die Überprüfung des Urteils eine schriftliche Motivierung voraus, weshalb dem Beschwerdeführer unverzüglich eine schriftliche Urteilsausfertigung zuzustellen ist[61]. Das Berufungsurteil kann formell vom angefochtenen Urteil insofern abweichen, als darin bezüglich der tatsächlichen Verhältnisse sowie auch der Entscheidungsgründe, falls diese für stichhaltig erachtet werden, auf die Ausführungen des vorinstanzlichen Richters verwiesen werden kann[62]. Gemäß bundesrechtlicher Vorschrift sind im Urteil auch die Rechtsmittelfristen und die Behörde anzugeben, an die der Entscheid weitergezogen werden kann[63].

Was über die Zustellung der Vorladungen ausgeführt wurde[64], gilt in gleicher Weise auch für die Urteile. Auch hier kommt eine Zustellung durch die Polizei nur subsidiär in Frage, während diese sonst regelmäßig durch die Post geschieht. Dabei werden nach der Praxis den Anwälten die Urteile durch gewöhnlichen eingeschriebenen Brief mit beigelegter Empfangsbestätigung zugestellt, welch letztere der Gerichtskanzlei zu retournieren ist, während die direkte Zustellung an den Verurteilten durch die Post zu bestätigen ist.

[60] OG §§ 77 und 78, Abs. 1
[61] BStP Art. 272, Abs. 1
[62] OG § 79, Abs. 2
[63] BStP Art. 251, Abs. 2. Diese Rechtsmittelbelehrung ist aber nur Ordnungs- nicht Gültigkeitsvorschrift. BGE 68 IV 156
[64] Vgl. oben B, III, Ziff. 6

E. Das Urteil und sein Weiterzug

I. Gegen das Appellationsurteil, gleichgültig ob es sich um ein solches des Strafgerichtes oder des Obergerichtes handelt, ist kein ordentliches Rechtsmittel mehr gegeben. Es wird deshalb mit der Eröffnung rechtskräftig[65] und damit auch vollstreckbar. Die in erster Linie zuständige Behörde für die Strafvollstreckung ist der Regierungsrat. Die Freiheitsstrafen werden unter seiner Aufsicht durch den Polizeirichter vollstreckt, während zum Bezuge von Bußen und Kosten die Gerichtskanzlei zuständig ist. Für gewisse Vollstreckungsverfügungen ist ferner auch der Richter zuständig, welcher das rechtskräftige Urteil gefällt hat[66].

Als einziges kantonales Rechtsmittel kann mangels einer Kassationsbeschwerde nur noch die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein Berufungsurteil in Frage kommen. Falls die Voraussetzungen für dieses außerordentliche Rechtsmittel gegeben sind[67], kann unter Umständen durch besondere Verfügung die Urteilsvollstreckung aufgeschoben oder unterbrochen werden[68].

II. Von weit größerer Wichtigkeit, als dieses kantonale Rechtsmittel, ist aber die unter bestimmten Voraussetzungen noch bestehende Möglichkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes, von der im Folgenden noch ein kurzer Überblick gegeben werden soll. Dieses bundesrechtliche Rechtsmittel mit seiner Zweckbestimmung, die einheitliche Rechtsanwendung des Bundesstrafrechts auf dem Gebiete der Eidgenossenschaft zu sichern[69], hat vor allem seit dem Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches eine vermehrte Bedeutung erlangt, was eine Revision der bisherigen Bestimmungen erforderlich machte. Diese Revision konnte aber

[65] OG § 85
[66] Vgl. darüber StPO §§ 83—87
[67] Vgl. die Darstellung derselben in Kap. I, B, III
[68] StPO § 79, Abs. 2 und § 88, Abs. 1, Ziff. 3
[69] Bourgknecht S. 1

nicht rechtzeitig auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Strafgesetzbuches, auf den 1. Januar 1942, zu Ende geführt werden, weshalb durch den Bundesbeschluß vom 11. Dezember 1941 betr. vorläufige Änderungen in der Organisation der Bundesrechtspflege zuerst eine provisorische Ordnung getroffen werden mußte. Diese hat in der Folge in Art. 168 des revidierten Organisationsgesetzes vom 16. Dezember 1943 ihre definitive Regelung erfahren[70].

Der bereits erwähnten Zweckbestimmung entsprechend ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur zulässig wegen Verletzung eidgenössischen Rechts[71]. Sie ist deshalb eine reine revisio in jure, mit der nur Rechtsverletzungen anfechtbar sind, nicht aber die tatbeständlichen Feststellungen des Urteils[72]. Als Verletzung des Bundesrechts gilt jede unrichtige Anwendung desselben[73]. Ferner fällt auch das richterliche Ermessen darunter, falls eine Ermessensüberschreitung vorliegt, oder der Richter die Bedingungen, unter denen seine Würdigung zu erfolgen hat, nicht berücksichtigt[74].

Der Umstand, daß nur die Verletzung von Bundesrecht mit der Beschwerde rügbar ist, hat zur Folge, daß gegen Urteile über Tatbestände des kantonalen Polizeistrafrechtes, wie sie auf dem Gebiete der niedern Strafrechtspflege meistens vorkommen, dieselbe nicht zulässig ist. Ebenso können mit ihr nicht Verstöße gegen kantonale Verfahrensvorschriften angefochten werden. Handelt es sich aber bei den letztern um die Verletzung von verfassungsmäßigen Grundsätzen, wie zum Beispiel um denjenigen des rechtlichen Gehörs, so steht dagegen der staatsrechtliche Rekurs offen[75].

[70] Vgl. hierüber Deschenaux S. 34 ff.
[71] BStP Art. 269, Abs. 1
[72] Leuch S. 2
[73] Bourgknecht S. 5
[74] BGE 68 IV 33; BGE 68 IV 71
[75] Leuch S. 3, BStP Art. 269, Abs. 2

Da es sich bei den Berufungsurteilen immer um Entscheidungen handelt, die wegen Verletzung eidgenössischen Rechts durch kein kantonales Rechtsmittel mehr angefochten werden können, so ist diese Voraussetzung des Art. 268, Abs. 2 immer gegeben. Im übrigen wurde die sachliche Einschränkung, durch die gemäß der provisorischen Ordnung von 1941 gewisse Urteile von geringerer Bedeutung von der Weiterziehbarkeit ausgeschlossen wurden[76], durch die definitive Regelung von 1943 wieder aufgehoben, sodaß wieder alle Urteile unbeschränkt anfechtbar sind[77].

Zur Beschwerde legitimiert ist neben dem Angeklagten und dem Staatsanwalt auch der zugerische prinzipale Privatstrafkläger, da seine Stellung die in Art. 270, Abs. 3 aufgestellte Bedingung erfüllt[78]. Bezüglich des Zivilpunktes sind der Zivilkläger sowie der ersatzpflichtige Dritte legitimiert, vorausgesetzt, daß über den streitigen Anspruch im Strafverfahren entschieden worden ist[79].

Die Beschwerde muß innert 10 Tagen seit der Eröffnung des Urteils beim judex a quo, d. h. je nachdem beim Strafgericht oder beim Obergericht bzw. bei der Gerichtskanzlei schriftlich erklärt werden. Innert 20 Tagen seit der Zustellung der schriftlichen Urteilsausfertigung ist sie in einer schriftlichen Eingabe näher zu begründen. In dieser sind die angefochtenen Punkte zu nennen und die gewünschten Anträge zu stellen. Die Begründung hat sich dabei auf die Darlegung der gerügten Rechtsverletzung zu beschränken und darf keine Ausführungen tatsächlicher Natur oder die Vorbringung neuer Tatsachen, Beweismittel oder Einreden enthalten, ansonst sie zur Verbesserung zurückgewiesen werden kann, unter der Androhung, daß bei Nichtbeachtung dieser Vorschriften darauf nicht eingetreten

[76] Vgl. darüber Leuch S. 10/11
[77] Deschenaux S. 37
[78] Vgl. III. Kapitel, Anmerkung 50
[79] BStP Art. 271, Abs. 1

werde. Durch die Beschwerde als solche wird der Vollzug des Urteils nicht gehemmt, sondern es bedarf hiezu einer besondern Verfügung der Beschwerdeinstanz oder ihres Präsidenten[80].

Die eingereichten Beschwerdeerklärungen und -Schriften sind von der kantonalen Instanz nebst ihrem Urteil dem Präsidenten des Kassationshofes einzureichen, worauf zuerst ein Ausschuß von drei Mitgliedern die Zulässigkeit der Beschwerde prüft. Offensichtlich unzulässige oder unbegründete Beschwerden werden hiebei sofort unter summarischer Begründung abgewiesen, welche Erledigungsart nichtsnutziger Rechtsmittel in der Schweiz eine Neuheit darstellt[81]. Wird die Beschwerde dagegen als nicht offenbar unzulässig oder unbegründet erachtet, so wird die Beschwerdeschrift den Beteiligten zur Stellungnahme zugestellt. Ausnahmsweise kann noch ein weiterer Schriftenwechsel oder eine mündliche Verhandlung angeordnet werden. Dies letztere ist immer dann der Fall, wenn bei einer Beschwerde im Zivilpunkt der Streitwert Fr. 8000.— übersteigt[82].

Der Entscheid des Kassationshofes lautet entweder auf Nichteintreten, Abweisung oder Aufhebung des angefochtenen Urteils unter Zurückweisung an die Vorinstanz. Es handelt sich somit um eine reine Kassation, bei der kein Entscheid in der Sache selbst gefällt wird. Ein Sachentscheid wird dagegen im Zivilpunkt erlassen, falls keine Rückweisung erforderlich ist[83]. Der Richter ist an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, außer es handle sich um eine offensichtlich auf einem Versehen beruhende Feststellung, die er von Amtes wegen berichtigt. In seinem Entscheid darf er nicht über die Anträge des Beschwerdeführers hinausgehen[84].

[80] BStP Art. 272 und 273
[81] Leuch S. 20; BStP Art. 274 und 275
[82] BStP Art. 276
[83] Bourgknecht S. 10
[84] BStP Art. 277

1949

Theodosius-Buchdruckerei Ingenbohl